



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band I

Edited by: Hafner, Felix ; Kley, Andreas ; Monnier, Victor

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-202883>

Edited Scientific Work

Published Version

Originally published at:

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band I. Edited by: Hafner, Felix; Kley, Andreas; Monnier, Victor (2007). Bern: Stämpfli.

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

I



Stämpfli Verlag AG Bern

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ

Anno MMVI

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-9512-6

Præfatio editorum

In der Schweiz gibt es keine Zeitschrift für Rechtsgeschichte als solche. Mit der Herausgabe dieser Zeitschrift möchten wir daher nun zu Beginn des 21. Jahrhunderts diese Lücke schliessen und auf diese Weise die Bedeutung dieser Materie unterstreichen. Sie ist unumgänglich für die gute Kenntnis und das Verständnis der Institutionen, die uns heute regieren. Unser Ziel verstärkt die Bande der gleichermaßen beteiligten juristischen Fakultäten der Universitäten Basel, Genf und Zürich und ist Zeugnis ihrer gemeinsamen Zuneigung für das in ihrem Rahmen gelehrte Rechtsgebiet. Wir hoffen, dass dieser Zusammenschluss sich auf die gesamte Schweiz und darüber hinaus erstrecken wird und eine freundschaftliche Gemeinschaft wissenschaftlichen Interesses um den gemeinsamen Gegenstand bildet.

Das Forschungsfeld der *COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE* erfasst im weitesten Sinne nicht nur die Geschichte der politischen und rechtlichen Institutionen und die politische Ideengeschichte, aber auch die Privatrechtsgeschichte von ihren Ursprüngen bis heute, wobei besonderes Augenmerk auf der Schweiz und ihren Kantonen liegt, ohne aber andere Länder auszuschliessen. Wir wollen uns demnach weder auf unsere nationalen Grenzen beschränken noch einen besonderen Rechtszweig bevorzugen. Ferner möchten wir regelmäßig Quellen des Rechts mit einbeziehen, um unseren Lesern diese meist nur wenigen Spezialisten bekannten Texte darzubieten.

In diesem ersten Band haben wir aufgrund der Jubiläen verschiedener grosser Kodifikationen europäischer Staaten am Anfang dieses Jahrtausends mit zwei Beiträgen die Privatrechtsgeschichte begünstigt, ohne aber die Geschichte der Institutionen zu vernachlässigen. So beleuchtet der erste Beitrag die mittelalterliche institutionelle Wirklichkeit einer der Schweiz benachbarten Landschaft, der ehemaligen Grafschaft Hauenstein. Zudem haben wir hier Gelegenheit den nur schwer zugänglichen, aber für die Verfassungsgeschichte des Kantons Zürich so wichtigen Text des Uster-Memorials kennen zu lernen. Schliesslich bezieht sich auch die Auswahl rezensierter Texte auf die politischen Institutionen unseres Landes.

Il nostro scopo è dunque modesto, anche se le nostre esigenze si mantengono a livello universitario. Questa pubblicazione deve anzitutto darci soddisfazione e interesse: soddisfazione di vedere allargarsi il cerchio dei nostri compagni e interesse di leggere i loro contributi. Così le *COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE* costituiranno, almeno speriamo, un legame tangibile tra tutti coloro, qui e altrove, che sono appassionati di storia del diritto.

Perché un titolo in latino ? Semplicemente per ragioni pratiche, per non essere obbligati a trascrivere il nome di questa pubblicazione in ognuna delle nostre lingue nazionali. E poi, senza dubbio, per non dimenticare che il latino

è stato la prima lingua dell'Europa, usato in tutte le università del nostro vecchio continente talvolta fino ad oggi.

Dans un monde ployant sous les écrits en tout genre, qui se développent même sur la toile informatique, pourquoi donc avoir eu l'idée d'une nouvelle revue d'histoire du droit? Pour y répondre, il faut se replacer dans un passé qui nous est relativement proche. C'est à la fin du siècle dernier en 1998, que notre cher et éminent ami Alfred Kölz (1944-2003), professeur à l'Université de Zurich, avait eu l'heureuse initiative de nous réunir alors que nous étions tous vivement intéressés par l'histoire constitutionnelle de la Suisse. C'est ainsi, qu'autour de lui, au fil des ans, s'est formée une petite équipe de chercheurs, mue par les mêmes intérêts: l'histoire du droit. Après sa mort, nous avons estimé que l'amitié qui nous liait ne saurait se contenter de nos réunions annuelles, mais devrait être renforcée; ainsi germa l'idée des *COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE*

Nous ne voudrions pas clore cet avertissement sans mentionner les professeurs Alfred Dufour, Bertrand Bouvier, Claudius Sieber-Lehmann qui nous ont chaleureusement encouragés et dont les conseils ont permis de porter ce premier numéro sur les fonds baptismaux. Ce projet n'a pu finalement se concrétiser que parce qu'il a reçu un écho des plus favorables et des plus bienveillants auprès des Editions Stämpfli. Très généreusement, la maison bernoise a mis à notre disposition son savoir et sa technique. Sans sa participation, notre entreprise n'aurait eu aucune chance de se réaliser. Aussi tenons-nous à la remercier, en particulier Madame Françoise Marcuard-Hammer, le Docteur Rudolf Stämpfli et Maître Stephan Grieb.

Notre profonde gratitude va également à tous ceux qui ont permis la réalisation de ce premier fascicule, les contributeurs, d'une part, et les amis, d'autre part, la Dott^{ssa} Paola Ballico, Madame Corinne Schoch ainsi que Monsieur Till Hanisch qui nous ont grandement aidés dans la mise en forme et la relecture de ce cahier. Enfin, nous savons gré au département genevois d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques d'avoir mis à notre disposition les forces de secrétariat nécessaires pour être en mesure d'accomplir cette modeste entreprise en étant, une fois de plus, redevable à Madame Elfriede John de son dévouement.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	I
Commentationes	
Martin Kistler.....	1
Die Hauensteinischen Einungen – das vorderösterreichische Pendant zu den Gründungsorten der Eidgenossenschaft ?	
Alfred Dufour	18
Code Napoléon et histoire du droit genevois	
Victor Monnier	48
Des <i>Edits civils</i> de 1568 aux législations françaises du début du XIX ^e siècle	
Andreas Kley	67
Das Uster-Memorial und der Ustertag	
Recensiones librorum selectorum	
Alfred Kölz	76
<i>Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne</i>	
Silvia Arlettaz	80
<i>Citoyens et étrangers sous la République helvétique (1798–1803)</i>	
Pascal Delvaux	80
<i>La République en papier</i>	
Adolf Rohr.....	84
<i>Philipp Albert Stapfer</i>	
Benjamin Adler.....	86
<i>Die Entstehung der direkten Demokratie</i>	
Patrick Müller	91
<i>Das gescheiterte Wiedervereinigungsverfahren der Halbkantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt</i>	

COMMENTATIONES

Martin Kistler

Die Hauensteinischen Einungen – das vorderösterreichische Pendant zu den Gründungsorten der Eidgenossenschaft ?¹

1. Einleitung

Die Hauensteinischen Einungen

Die ehemalige vorderösterreichische Grafschaft Hauenstein, die Landschaft am Hochrhein und im Südschwarzwald zwischen Waldshut und Laufenburg, besass eine besondere Rechtsstellung. In den zwischen dem 13. und 14. Jahrhundert entstandenen Einungen² waren die Siedlungen unabhängig von ihrer niedergerichtlichen, grundherrlichen und kirchlichen Zugehörigkeit zu Selbstverwaltungsverbänden zusammengeschlossen.

Ursprung der Selbstverwaltung waren die Rechte der tiefensteinischen Freibauern, die nach dem Aussterben der Freiherren von Tiefenstein die Einung als Zusammenschluss zur Verteidigung dieser Rechte vor allem gegen das Kloster St. Blasien ins Leben riefen.

Obwohl zunehmende Teile der Bevölkerung der Leibeigenschaft unterworfen waren, besass die Gesamtheit besondere Freiheiten und Rechte, nämlich „die Gesetze nur durch selbst aus ihrer Mitte gewählte Vorsteher vollstreckt zu sehen, ihre innere Verwaltung selbst zu besorgen, frei Waffen führen zu dürfen, und, frei von allen anderen Gerichten, in allen Fällen sich nur durch seinesgleichen richten zu lassen“³.

¹ Vertieft mit den Einungsbestrebungen und genossenschaftlichen Zusammenschlüssen in Vorderösterreich und der Schweiz befasst sich meine Dissertation „Einung und Eidgenossenschaft“, die von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Dezember 2005 angenommen wurde.

² Unter ‚Einung‘ versteht man einen genossenschaftlichen Zusammenschluss einer gewissen Zahl von Menschen, der in der Regel durch Schwur begründet wird.

³ Merk, Joseph, Geschichte des Ursprungs, der Entwicklung und Einrichtung der hauensteinischen Einungen im Mittelalter, in: Pölit, Karl Heinrich Ludwig, Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst, Leipzig 1833, S. 126 – 157 (128).

Vorgehensweise und Bezug zur Eidgenossenschaft

Wenn man Literatur zur Grafschaft Hauenstein studiert, wird man immer wieder auf Vergleiche mit den Schweizer Urkantonen stossen. Sie erschöpfen sich in aller Regel aber darin, die Vergleichbarkeit festzustellen, ohne sie inhaltlich darzulegen. Vielfach hat es sich von Zeitgenossen im 18. Jahrhundert auch um eine politische Botschaft während der Salpetererunruhen gehandelt, als die Vergleichbarkeit der hauensteinischen mit den schweizerischen Freiheiten beschworen wurde⁴. Allerdings hat es immer wieder auch in der Neuzeit Stimmen gegeben, die die Verfassungsstruktur der Grafschaft Hauenstein an jene der drei Waldstätte in der Innerschweiz erinnerte.

Aufgezeigt werden sollen daher Parallelen und Unterschiede in Entwicklung und Strukturen im Vergleich mit den Orten Uri, Schwyz und Unterwalden.

Der Aufsatz beginnt aber mit einer knappen Darstellung der Einungsverfassung der Grafschaft Hauenstein. Entgegen dem letzten Forschungsstand besass die Selbstverwaltung sehr wohl höchste Relevanz und entfaltete „ihre grösste Wirksamkeit eben gerade nicht nur als „abstraktes Ideal“⁵.

2. Einungsverfassung

Die Einungen der Grafschaft Hauenstein stellen sich als Organisation der Untertanen dar, die die vom Staat abgetretene Steuerhoheit und weitgehende Befugnisse in der Gerichtsbarkeit durch frei gewählte Organe erfüllten. Diese Organe sind die acht *Einungsmeister* und der aus ihrem Kreis gewählte *Redmann* als Sprecher des Einungsmeisterkollegiums und Vertreter der Grafschaft nach aussen.

2. 1. Einungsversammlung und Einungsmeister

Die herausragenden Funktionsträger der Grafschaft waren die von der Bevölkerung in den jährlichen Einungsversammlungen gewählten Selbstverwaltungsorgane, die Einungsmeister⁶. Die Wahl fand am Georgitag, dem 23. April, unter freiem Himmel statt. Alle verheirateten Männer des Einungsbe-

⁴ Generallandesarchiv (GLA) Karlsruhe, Bestand 113/259.

⁵ Kies, Tobias, *Verweigerte Moderne ? Zur Geschichte der Salpeterer im 19. Jahrhundert*, Konstanz 2004.

⁶ vgl. Wernet, Karl Friedrich, *Die Einungsmeister*, maschinengeschrieben, Kreisarchiv Waldshut, N 3/1, Nr. 18; GLA Karlsruhe 113/14.

zirks hatten das aktive und passive Wahlrecht, unabhängig von ihrem personenrechtlichen Status⁷.

Inkurs: Waldvogt

Die Einungsmeister überragten den landesherrlichen Beamten der Grafschaft, den Waldvogt an Bedeutung⁸. Er, der nur über einen Mitarbeiter, den Bauernstatthalter, verfügte, der zudem noch von den Einungsmeistern ernannt wurde, besass eigentlich grosse Befugnisse. Über ihm regierten aber die österreichischen Behörden in Freiburg, Innsbruck oder Wien und neben ihm stand die starke Selbstverwaltungsorganisation der Einung, die die Unterstützung und Sympathie der Bevölkerung genoss. Schliesslich gebot der Abt von St. Blasien in seiner Rolle als Grund-, Leib- und Niedergerichtsherr über grossen Einfluss.

2.2. Aufgaben der Einungsmeister

Die Bedeutung der Selbstverwaltung soll durch die Skizzierung der wesentlichen Aufgabenbereiche der Einungsmeister dargestellt werden.

Rechtsprechung

Grossen Einfluss hatten die Einungsmeister als Beisitzer bei den wöchentlichen Amts- und Gerichtstagen des Waldvogtes. Sie übten so auf die Rechtsprechung, die Niedergerichtsbarkeit in den hoheitlichen Orten⁹ und auf die Hochgerichtsbarkeit der gesamten Grafschaft grösstmöglichen Einfluss aus. Da Urteile mit Mehrheit gefällt wurden, konnten sie den Waldvogt überstimmen¹⁰.

⁷ Haselier, Günther, Die Streitigkeiten der Hauensteiner mit ihren Obrigkeiten. Ein Beitrag zur Geschichte Vorderösterreichs und des südwestdeutschen Bauernstandes im 18. Jahrhundert, in: Metz, Friedrich/Stenzel, Karl/Wentzcke, Paul (Hg.): Der Hotzenwald, Bd. 2, Karlsruhe 1940, S. 1 – 225 (9).

⁸ Haselier, S. 6.

⁹ Nicht alle Orte unterstanden der Niedergerichtsbarkeit Habsburgs. So besaßen vor allem das Kloster St. Blasien und das Stift Säckingen zahlreiche Ortschaften, in denen sie auch über die Niedergerichtsbarkeit verfügten.

¹⁰ GLA Karlsruhe 113/31.

Sitz und Stimme bei den Landständen in Freiburg

Besondere Beachtung verdient die Tatsache, dass die Einungsmeister für die Dauer ihrer Amtszeit als Angehörige des Dritten Standes galten und damit Sitz und Stimme bei den vorderösterreichischen Landständen in Freiburg hatten. Sie waren die einzige Bauernschaft, die bei dieser Versammlung von Adeligen und Prälaten vertreten war. So konnten sie bei der Festsetzung von Landessteuern, Massnahmen der Landesverteidigung und anderen überörtlichen Entscheidungen mitwirken¹¹.

Steuerautonomie

Die grösste Freiheit bestand auf dem Gebiet der Finanzen. Die Grafschaft war in der Steuerverwaltung völlig autonom. So war es ihre Aufgabe, die von den Landständen für die Grafschaft Hauenstein beschlossene Steuersumme auf die acht Einungen umzulegen und die auf die einzelnen Einungen entfallenden Beträge einzutreiben. Gegen säumige Zahler konnten die Einungsmeister Zwangseintreibung verfügen, hierzu stand ihnen als Exekutionsorgan der ebenfalls gewählte „Landwaibe“ zur Seite¹².

Finanzen

Darüber hinaus nahmen die Einungsmeister weitere finanzielle Aufgaben wahr, wie zum Beispiel die Entschädigungsforderungen der Hauensteiner für Kriegsereignisse und Kriegsleistungen in den Jahre 1700 bis 1706. In Kriegzeiten, die für die Grafschaft ausserordentliche Lasten an Einquartierungen, Naturallieferungen und Kontributionen brachten, waren es die Selbstverwaltungsorgane der Grafschaft, die für eine gerechte Verteilung sorgten¹³.

Aussenpolitik und Verträge

Die Einungsmeister betrieben unter Führung des Redmanns, der die Grafschaft nach aussen vertrat, eine erfolgreiche „kleine“ Aussenpolitik. Ausgetragen wurden etwa Streitigkeiten mit den anderen Trägern herrschaftlicher Gewalt in der Grafschaft, vor allem mit dem Kloster St. Blasien wegen der Leibeigenschaft. Die Streitigkeiten, die die Leibeigenschaft betrafen,

¹¹ Deimling, Lothar, Die Organisation der landständischen Verfassung des Breisgaus nach dem 30jährigen Krieg 1648 – 1679, Leipzig 1927, S. 25.

¹² Haselier, S. 7.

¹³ GLA Karlsruhe 113/59.

endeten 1738 mit Loskaufverträgen, die Redmann und Einungsmeister für die Grafschaft abschlossen¹⁴.

Im Laufe der Zeit unterhielt die Grafschaft einen festen Gesandten in Wien. Diesem hauensteinischen Agenten am kaiserlichen Hof zahlte sie ein Jahresgehalt von 100 Gulden¹⁵.

Vertrauenspersonen

Die überragende Bedeutung der Einungsmeister beruhte aber vor allem auch darauf, Vertrauenspersonen des Volkes wie des Waldvogteiамts zu sein. Dies gab ihnen zwar keine umschriebenen, wohl aber grosse tatsächliche Rechte. Ihr Ansehen bei der Bevölkerung führte dazu, dass sie faktisch über die festgelegten Aufgaben hinaus in nahezu allen Angelegenheiten der Gemeinden, der Einungen und der Grafschaft über erheblichen Einfluss verfügten¹⁶.

2.3. „Hauensteinische Freiheiten“

Wenn von den „Hauensteinischen Freiheiten“ die Rede ist, dann sind neben dem Ausschluss fremder Gerichtsbarkeit vor allem Rechte wie Freizügigkeit, Jagd- und Allmendgerechtigkeiten gemeint. Diese wurden auch durch die vorhandenen Feudalrechte nicht zu stark beeinträchtigt, der Bezug von Abgaben war das einzig verbliebene Recht der Grundherrschaft. Praktiziert wurde vor allem die freie Erbleihe. Die teilweise vorhandene Leibherrschaft brachte ebenfalls nur geringe finanzielle Einschränkungen und konnte viel früher als im übrigen Deutschland Mitte des 18. Jahrhunderts durch Loskäufe von der Einung beseitigt werden.

2.4. Ende

Die Einungsverfassung fand 1805 im Frieden von Pressburg durch den Übergang des Gebiets an die zum Grossherzogtum aufgewertete Markgrafschaft Baden ein Ende¹⁷. An die Stelle der acht Einungen traten die badischen Amtsbezirke Waldshut, Kleinlaufenburg, Säckingen und St. Blasien¹⁸.

¹⁴ GLA Karlsruhe 113/107 u. 110.

¹⁵ Haselier, S. 41, Fn. 328.

¹⁶ Haselier, S. 13.

¹⁷ Kageneck, Alfred Graf von, Das Ende der vorderösterreichischen Herrschaft im Breisgau, 2. Auflage Freiburg 2000, S. 136.

¹⁸ Metz, Rudolf, Geologische Landeskunde des Hotzenwaldes, Lahr 1980, S. 344.

3. Vergleich mit den Gründungsorten der Eidgenossenschaft

Nachfolgend sollen nun Entwicklung und Verfassungsstrukturen der Einungen und der Orte Uri, Schwyz und Unterwalden miteinander verglichen werden.

3.1. Entwicklung

Ausgangspunkt der Entwicklung zur Selbstverwaltung ist in Hauenstein wie in der Innerschweiz die auf dem Landesausbau beruhenden Freibauernschaft, die sich in genossenschaftlichem Zusammenschluss organisierte. Weitere vergleichbare Entwicklungsschritte folgten:

3.1.1. Erwerb der Reichsfreiheit

Beide Gebiete nahmen im 13. Jahrhundert ihren Ausgangspunkt als Reichsvogteien. Während die Innerschweizer aber die Reichsunmittelbarkeit erlangen konnten, wurde die Grafschaft Hauenstein an die Habsburger verpfändet. Allerdings blieb im Bewusstsein der Menschen das Gefühl, reichsunmittelbar zu sein, über die Jahrhunderte erhalten, bedingt auch dadurch, dass der Landesherr in der Regel zugleich Kaiser war¹⁹.

3.1.2. Herausbildung von politischen Verbänden

Die Privilegienerteilung bedurfte rechtlicher Voraussetzungen: „Kein Kaiser konnte eine Talschaft reichsunmittelbar machen, wenn nicht rechtliche Voraussetzungen in Form eines Freienverbandes gegeben sind“²⁰. Solche hatten sich in der Innerschweiz mit den Institutionen „Landammann und Landleute“ herausgebildet. Auch in der Grafschaft Hauenstein hatte sich mit der Einung eine entsprechende Selbstverwaltungsorganisation entwickelt, der Rechte und Privilegien übertragen wurden.

¹⁹ Blickle, Peter, Friede und Verfassung, in: Innerschweiz und frühe Eidgenossenschaft, Jubiläumsschrift 700 Jahre Eidgenossenschaft, hg. vom Historischen Verein der Fünf Orte, 2 Bände, Olten 1990, Band 1, S. 15 – 204 (89).

²⁰ Blickle, S. 92.

3.1.3. Zusammenschluss in einer Einung

Im August 1291, wenige Tage nach dem Tod König Rudolfs von Habsburg, schlossen die benachbarten Talschaften Uri, Schwyz und Unterwalden ein ewiges, unbefristetes Bündnis. Ziel dieser Einung war der Frieden²¹.

Ziel der Hauensteiner Einung war ebenso die Aufrechterhaltung von Frieden und Sicherheit, die in jener Zeit ständig bedroht waren. Im Einungsbund des Jahres 1433 mit den Vogteien Todtnau und Schönauf wurde dies in der Urkunde auch zum Ausdruck gebracht: Miteinander sollte gegen Unfrieden vorgegangen werden, in Krieg und Feindschaften wollte man eins sein²².

3.1.4. Abkauf der Herrschaftsrechte des Adels und der Kirche

Die genossenschaftliche Bewegung kämpfte mit der jeweiligen Herrschaft mit dem Ziel, die feudalen Rechte und Lasten durch die Übernahme der staatlichen Gewalt in die eigenen Hände der Genossenschaft zu bekommen. Die Gemeinden führten dazu in einem erstaunlichen Umfang Finanztransaktionen durch. Nicht selten verhinderten Gemeinden aus eigenen Mitteln die Verpfändung oder lösten Pfandrechte aus, um einem unliebsamen Herrschaftswechsel zuvor zu kommen. Der grösste Effekt konnte aber dort erzielt werden, wo es den Verbänden gelang, feudale Herrschaftsrechte zu kaufen und sie auf diese Weise abzulösen. Blickle bezeichnet die Entfeudalisierung als den entscheidenden Schritt der Innerschweiz auf dem Weg zur Autonomie²³.

Auch in der Grafschaft Hauenstein wandten sich die Einungen gegen die Feudalstrukturen. So verhinderten etwa die Talschaften Schönauf und Todtnau mehrfach, dass das Kloster St. Blasien auf dem Wege der Pfandschaft in den Besitz der Herrschaftsrechte gelangen konnte²⁴. Die Grafschaft selbst vereitelte durch ausserordentliche finanzielle Zahlungen ihre Verpfändung, beziehungsweise ermöglichte ihre Wiederauslösung aus derselben. Von der Leibeigenschaft befreite sie sich im 18. Jahrhundert ebenfalls durch Auskäufe selbst. Dass die Ablösung der Feudalrechte in den ersten Jahrhunderten nicht systematisch betrieben wurde, mag auch daran gelegen haben, dass der Grundbesitz vor allem im Wege der freien Erbleihe vergeben war, was es den Familien ermöglichte, den Besitz zu vererben und die herrschaftliche Kontrol-

²¹ Blickle, S. 92.

²² GLA Karlsruhe 21/219.

²³ Blickle, S. 88-93.

²⁴ Wernet, Karl Friedrich, St. Blasien's Versuche, sich der Grafschaft Hauenstein pfandweise zu bemächtigen, in: Zeitschrift für Geschichte der Oberrheinlande (ZGO) 107 (1959), 161 – 182 (170 – 172, 178).

le auf den Bezug des Erbleihezinses beschränkte. Hier ist vielleicht am ehesten ein Vergleich zur Situation in Unterwalden möglich, wo ebenfalls viel Boden im Wege der Erbleihe vergeben war, und dennoch Autonomie bestand²⁵. Baders Auffassung stützt dies: Durch die freie Erbleihe seien die Unterschiede zwischen frei und unfrei verwischt worden²⁶.

3.1.5. Einungsbewegung

Victor Hugo wird dahingehend zitiert, dass nichts auf der Welt mächtiger ist, als eine Idee, deren Zeit gekommen ist: Von der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts bis zum beginnenden 15. Jahrhundert fand die grosse Epoche der Landfriedenseinungen und Landfriedensbünde statt. In aller Regel ging es darum, in Ermangelung eines anerkannten Herrschers und einer allgemeinen, von oben gesicherten Friedensordnung, den Frieden durch Vertrag zu regeln. Herausragendes Beispiel ist natürlich das eidgenössische Bündnis des Jahres 1291. Meyer ist sich sicher: „Ohne die Kraft dieser Einungsbewegung wäre weder aus der Freiheit der königlichen Städte noch aus der der Waldstätte etwas Dauerndes hervorgegangen“²⁷. Bader beweist, dass die Einungsbestrebung auch am Oberrhein wirkte und die Verhältnisse in der Grafschaft Hauenstein beeinflusste²⁸.

3.1.6. Geographische Voraussetzungen

Die Entwicklung begünstigten einige geographische Faktoren, so zunächst etwa die Siedlungsform. Die Zentralschweiz kannte nicht die Gemeinde, sondern die Talschaft, die der Bildung von Freienverbänden zuträglich war²⁹.

In den alpinen Gebieten findet man denn auch spezielle Formen von Selbstverwaltungskörperschaften: die bäuerlichen Landfriedensbünde von Talgemeinden. Dazu gehören die Eidgenossenschaft der Waldstätte von

²⁵ Blickle, S. 87.

²⁶ Bader, Karl Siegfried, Grundlagen dörflichen Verfassungslebens im südwestdeutschen Raum, in: Müller, Wolfgang, Landschaft und Verfassung, Beiträge zur ländlichen Verfassungsgeschichte im deutschsprachigen Südwesten, Bühl 1969, S. 261 – 281 (266).

²⁷ Meyer, Bruno, Freiheit und Unfreiheit in der alten Eidgenossenschaft, in: Mayer, Theodor (Hrsg.): Das Problem der Freiheit in der deutschen und schweizerischen Geschichte, Mainauvorträge 1953, Lindau und Konstanz 1955, S. 123 – 158 (133).

²⁸ Bader, Karl Siegfried, Altschweizerische Einflüsse in der Entwicklung der oberrheinischen Dorfverfassung, in: ZGO 89 (1937), 405 – 453.

²⁹ Luebke, David, Martin, His majesty's rebels: communities, factions an rural revolt in the black forest 1725 – 1745, Ithaka 1997, S. 19.

1291, der Graue-, Gotteshaus- und Zehngerichtebund des 14. und 15. Jahrhunderts, die Eidgenossenschaft von Briançon am Oberlauf der Durance in den Alpen der Dauphiné und die Verbindungen zwischen Bludenz, Montafon und Sillertal im 14. Jahrhundert in Vorarlberg.

Die günstige Lage trug wohl wesentlich dazu bei, dass die Innerschweiz im Vergleich zu vielen anderen Gebieten nicht verkauft oder verpfändet wurde. Ausschlaggebend dafür könnte das Interesse der Kaiser und des Reiches am Gotthard-Pass gewesen sein. Theodor Mayer stellt fest, dass die Innerschweiz seit der Eröffnung des Gotthardpasses grosse Bedeutung für die staufische Italienpolitik gewann, was die Erteilung einer Reihe von Privilegien zur Folge hatte: Die Talgemeinden wurden unmittelbar ans Reich genommen und damit frei von jeder anderen Herrschaft³⁰.

Vergleichbare geographische Bedingungen treffen auch auf die Grafschaft Hauenstein zu. Durch die verkehrsfeindlichen Schluchten von Alb, Schlücht, Schwarza und Wehra schwer zugänglich, wurde ihr Eigenleben begünstigt. Die klimatischen Bedingungen führten dazu, dass den Bauern Freiheitsrechte gewährt wurden, um das unwirtliche, raue Land zu besiedeln.

Es herrschten also ebenfalls freiere Ausgangsbedingungen. Hinzu kam die geostrategisch bedeutsame Lage am Hochrhein als Landverbindung zwischen Bodensee, Breisgau und Elsass, die die Habsburger dazu bestimmten, keinesfalls einen Verlust zu riskieren. Als Folge liessen sie die Selbstverwaltung unangetastet.

3.1.7. Zusammenfassung

Für die Waldstätte Uri, Schwyz und Unterwalden führte der Weg in die eigene Staatlichkeit von geographischen Voraussetzungen begünstigt im Zeitalter der Einungsbestrebungen im Wesentlichen über die Stationen Reichsfreiheit, Herausbildung von Verbänden und Entfeudalisierung. Die Freiheit stand dabei, um es mit den Worten Blickles zu sagen, nicht am Beginn, sondern am Ende der Entwicklung in der Innerschweiz³¹. Erst das Bündnis untereinander und das Zusammengehen mit den Städten verwandelte die erreichte Autonomie in Eigenstaatlichkeit.

Der Blick auf die Grafschaft Hauenstein zeigt viele Ähnlichkeiten und gleiche Ansätze, aber auch einen deutlichen Unterschied. Die Grafschaft erlangte nie die Reichsunmittelbarkeit. Allerdings musste für sie vor der Ver-

³⁰ Mayer, Theodor, Bemerkungen und Nachträge zum Problem der freien Bauern, in: Franz, Günther, Deutsches Bauerntum im Mittelalter, Darmstadt 1976, S. 142 – 176 (173 – 176).

³¹ Blickle, S. 93.

pfändung an die Habsburger gleich wie in der Innerschweiz eine reichsunmittelbare Verwaltung stattgefunden haben, was sich im Bewusstsein der Bevölkerung über Jahrhunderte erhalten hat. Vergleichbar ist die Herausbildung von Verbänden: Mit der Organisation der Bauern, „Einungsmeister und die ganze Gemeinde auf dem Schwarzwald“, stand eine Trägerin für Freiheiten und Privilegien zur Verfügung. Zwar gab es auch keinen Entfeudalisierungsschub, für die damalige Zeit bestand aber aufgrund der praktizierten freien Erbleihe eine relativ günstige Rechtssituation. Die geeigneten geographischen Bedingungen und die Einungsbestrebungen der Zeit waren hier wie dort wirksam. Man kann zusammenfassend feststellen, dass die spezielle Situation der Innerschweiz sich natürlich nicht eins zu eins auf den Oberrhein übertragen lässt. Deutliche Parallelen sind aber unübersehbar.

3.2. Strukturen

Die inneren Strukturen der Talschaften der Innerschweiz und der Grafschaft Hauenstein weisen einen ursprünglich vergleichbaren Aufbau auf. Hier die Landsgemeinde als Versammlung aller ehr- und wehrbaren Talbewohner und der Landammann als Exekutivorgan, dort die Einungsversammlung aller verheirateten Männer und die Einungsmeister. Die Entwicklungen liefen dann aber auseinander. Während die Landsgemeinde ihre Gerichtsrechte an von ihr gewählte Räte delegierte und sich zur legislativ-exekutiven Versammlung eines schliesslich souveränen Gemeinwesens entwickelte, nahm die Bedeutung der Einungsversammlung ab. Sie verlor ihre Gerichtsbefugnisse und blieb im Wesentlichen Wahlorgan einer teilautonomen Selbstverwaltungskörperschaft. Im Einzelnen:

3.2. 1. Die Landsgemeinde im Vergleich mit den hauensteinischen Einungsversammlungen

Die Landsgemeinde war, wie schon erwähnt, die institutionalisierte Form, in der sich die gemeinen Leute zusammenfanden, um für Frieden und Recht zu sorgen. Sie entfaltete eine umfassende Tätigkeit.

a) Verwaltung

Die wichtigste Verwaltungstätigkeit der Landsgemeinde, das Innenverhältnis betreffend, bildeten die finanziellen Beschlüsse. Sie war für die Erhebung der Landessteuern, die Zölle und den Abschluss von Staatsanleihen zuständig. Für die laufenden Geschäfte zwischen den Landsgemeinden entwickelten sich

die Räte, eine Abspaltung der Landsgemeinden, die die Zwischenzeit überbrückten³².

b) Wahlen

Die Landsgemeinde war oberste Wahlbehörde. Sie wählte den Landammann, die Landesbeamten, Gesandten und Landvögte aus³³.

c) Gerichtsbarkeit

Die Landsgemeinde nahm ursprünglich auch die Funktion des Gerichtes wahr. Aus pragmatischen Gründen sonderte es sich aber wegen der starken Nachfrage nach gerichtlichen Entscheidungen von der Landsgemeinde ab. Die Gerichtsbarkeit ging deshalb an die neu geschaffenen Gerichte über³⁴.

d) Rechtssetzung

Charakteristisch für die Landsgemeinde vor allem in Abgrenzung zum übrigen Europa war ihre Zuständigkeit auch für die Rechtssetzung. Allerdings trat die Gesetzgebung in ihrer Bedeutung hinter die Verwaltungstätigkeit zurück³⁵.

e) Mehrheitsprinzip

An den Landsgemeinden galt das Mehrheitsprinzip. Die Abstimmungen erfolgten mit offenem Handmehr. Festgestellt wurde das Mehr durch Schätzung. Konnte auch nach wiederholter Schätzung das Ergebnis nicht eindeutig festgestellt werden, so begann man in den meisten Orten mit einer Abzählung³⁶.

f) Vergleich mit Hauenstein

In Übereinstimmung mit den Landsgemeinden waren die hauensteinischen Einungsversammlungen ursprünglich für die Verwaltung, die Gerichtsbarkeit,

³² Ryffel, Heinrich, Die Schweizerischen Landsgemeinden, Zürich 1903, S. 66.

³³ Ryffel, S. 48.

³⁴ Möckli, Silvano, Die schweizerischen Landsgemeinde-Demokratien, Bern 1987, S. 27 f.

³⁵ Ryffel, S. 61.

³⁶ Ryffel, S. 107 f.

die Wahl der Organe und die Besetzung der Ämter zuständig. Entscheidend bei den Wahlen und Abstimmungen war hier wie dort die einfache Mehrheit mit aufgehobener Hand. Im Unterschied zu Uri, Schwyz und Unterwalden fand eine Rechtssetzung aber kaum statt.

3.2.2. Formalien der Landsgemeinde im Vergleich mit den Einungsversammlungen

a) Termin der Landsgemeinde

Die alte Landsgemeinde tagte ordentlicherweise nur einmal im Jahr, üblicherweise am letzten Sonntag im April. Diese Regelung hing wohl mit der Siedlungsstruktur, den unwegsamen Anmarschwegen und den Jahreszeiten zusammen. Allgemein war es aber ein Termin in der Nähe des Georgitages, da dies der im Mittelalter übliche bäuerliche Frühjahrstermin war. An diesem Tag wurden nämlich die Wiesen wieder eingezäunt, es begann die Frühjahrsarbeit. Daher wurde auf diesen oder einen benachbarten Tag die bäuerliche Hofversammlung einberufen, solange die Bauern noch Zeit hatten, zur Versammlung zu kommen³⁷.

Zweifelloos aus den gleichen Gründen fanden die Hauensteinischen Einungsversammlungen ebenfalls einmal jährlich am 23. April statt.

b) Funktion

Interessant ist Elseners Herleitung der Funktion der Landsgemeinde. Sie hing zusammen mit einer archaischen und schriftlosen Kultur, wo der Staat nur über solche Volksversammlungen regierbar war, weil die allermeisten Staatsangehörigen, wie in den Waldstätten der Innerschweiz, nicht lesen und nicht schreiben konnten. Rechtssatzungen konnten demnach nur mündlich verkündet werden³⁸.

Auch hierin kann eine Parallele gesehen werden. Selbstverständlich konnten auch die allermeisten Hauensteiner zu jener Zeit weder lesen noch schreiben. Da auch auf den Einungsversammlungen unter anderem jeweils Rechte und Freiheiten verlesen wurden, drängt sich hier ein Vergleich auf.

³⁷ Ryffel, S. 94 f.

³⁸ Elsener, Ferdinand, Zur Geschichte der schweizerischen Landsgemeinde. Mythos und Wirklichkeit, in: Kleinheyer, Gerd/Mikat, Paul, Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Paderborn 1979, S. 125 – 150 (144).

c) *Teilnahmeberechtigung*

Teilnahmeberechtigt waren alle ehr- und wehrbaren Landmänner ab dem 14. oder 16. Lebensjahr, die im Besitz des Landrechts (Bürgerrechts) waren, das durch Geburt oder Einkauf erworben wurde. Ausgeschlossen wurden nur die niedergelassenen Landsfremden ohne Bürgerrecht, die sogenannten Hintersässen oder Beisässen³⁹.

Die Landsgemeinde war zugleich eine Versammlung der waffenberechtigten Männer. Waffenberechtigung bedeutete auch Stimmberechtigung. Die Landsgemeinde diente gleichzeitig der Waffenmusterung, denn jeder Waffentragende Landmann hatte die Pflicht zur Unterhaltung bestimmter Waffenstücke, des sogenannten Harnisches. Teils lag diese Pflicht auf der Person, teilweise als Reallast auf den Grundstücken⁴⁰.

Auch in der Frage der Teilnahmeberechtigung besteht zur Grafschaft Hauenstein eine deutliche Parallele. Die Hauensteiner unterschieden nicht zwischen freien und unfreien männlichen Erwachsenen, sondern schlossen von der aktiven Teilnahme an den Einungsversammlungen nur unverheiratete Männer, Frauen, Kinder und Priester aus. Der Personenkreis war also weitgehend identisch, auch hier wurde nicht zwischen Freien und Hörigen unterschieden, allerdings durften unverheiratete Männer nicht teilnehmen.

Auf den ersten Blick erscheint die Tatsache, dass die innerschweizerischen Landsgemeinden auch der Waffenmusterung dienten, als Differenz. In Wirklichkeit verbirgt sich dahinter eine Parallele. Auch die militärische Organisation der Grafschaft war ursprünglich in Händen der Einungsversammlungen, bevor mit den Hauensteinischen Landfahnen eine eigene Organisation dafür eingerichtet wurde. So gab es auch hier Waffen in den Händen jedes Einungsgenossen.

d) *Ort*

Die Landsgemeinde fand unter freiem Himmel an einem bestimmten Platz auf einer Wiese oder unter besonderen Bäumen statt. Ryffel sieht darin einen allgemeinen sakralen Zug deutschen Rechts: „unmittelbar unter freiem Himmel tagte das Volk“⁴¹. Die germanische Wurzel widerlegt Elsener trefflich: Auch die Geschichte der Juden und Griechen kennt ähnliche Volksversammlungen unter freiem Himmel unter Führung eines Patriziats⁴².

³⁹ Ryffel, S. 80.

⁴⁰ Ryffel, S. 81.

⁴¹ Ryffel, S. 96.

⁴² Elsener, S. 145 f.

Entscheidend für diese Untersuchung ist aber die Feststellung einer weiteren Parallele: Auch die Einungsversammlungen fanden unter freiem Himmel statt.

e) Zeremonie

Die Tagungen der Landsgemeinde waren von einem aufwändigen Zeremoniell umrahmt. Obrigkeit und Klerus nahmen an bevorzugter Stelle Platz, umringt von den Landleuten. Landessiegel, Protokolle, Landbücher, Schatz- und Archivschlüssel hatte der Landammann vor sich auf dem Tisch⁴³.

Die Verbindung zu einer höheren Gewalt und damit religiöse Züge wurden durch die Anrufung Gottes in Eröffnungsformeln, in Gebeten des Volkes zu Gott und durch andere sakrale Handlungen hergestellt. Erst dann folgt die eigentliche Eröffnung mit Verlesen der Landsatzungen⁴⁴.

Eine bedeutende Rolle spielte auch die Eidesleistung an der Landsgemeinde. Zum Schwur verpflichtet waren der Landammann und die Landleute⁴⁵.

Ähnlich muss es auch bei den Einungsversammlung zugegangen sein. Die Verbindung mit Gott wurde vor der Versammlung mit einem Gottesdienst gesucht. Erst danach wurde die Versammlung mit Verlesen von Privilegien und Gnadenbriefen begonnen. Der Schwur der neugewählten Einungsmeister fand allerdings erst eine Woche später statt, als der Waldvogt die Neugewählten verpflichtete. Hier wird ein Unterschied zwischen der „nur“ autonomen Grafschaft und den reichsunmittelbaren Talschaften deutlich.

f) Annuität der Ämter

Die Annuität der Ämter, im Übrigen eine der Hauptgrundsätze der antiken Demokratien, bestand wohl in den meisten Landsgemeindeorten, so etwa in Zug bis ins 16., in Ob- und Nidwalden sogar bis ins 18. Jahrhundert auch für das Amt des Landammanns⁴⁶. In den übrigen Orten war die Amtsdauer des Landammanns nicht genau bestimmt, es herrschte aber wohl ebenfalls die Annuität. Später betrug die Amtsdauer allgemein zwei Jahre und diese Dauer behielt man in Uri, Schwyz und den beiden Appenzell bei. In Unterwalden

⁴³ Ryffel, S. 98.

⁴⁴ Möckli, S. 42.

⁴⁵ Ryffel, S. 103.

⁴⁶ Ryffel, S. 48.

erhielt sich die Annuität und in Nidwalden durfte ein Mann erst nach Ablauf eines weiteren Jahres nach seiner Amtszeit wieder vorgeschlagen werden⁴⁷.

Die Annuität war auch das Prinzip bei den von der Einungsversammlung vergebenen Ämtern. Die Einungsmeister und die Steuerer wurden auf ein Jahr gewählt. Die direkte Wiederwahl der Einungsmeister war nicht möglich. Allerdings wurde häufig das Nidwaldner Modell praktiziert, dass ein Alteinungsmeister nach Ablauf eines Jahres wieder antrat und erneut gewählt wurde.

3.2.3. Der Landammann im Vergleich mit den hauensteinischen Einungsmeistern

Exekutivorgan der Talschaften war der Landammann. In seiner Stellung ähnelte er dem früheren weisungsgebundenen Beamten, der seinen adeligen Herrn vertrat. Der Landammann war der Nachfolger der grundherrlichen Vögte und Ammänner. Ihm verliehen die Kaiser den Blutbann, er war der Richter des Landes und behielt diesen Titel auch, als die gerichtliche Tätigkeit verschwand⁴⁸. Die Ammänner von Uri und Schwyz amtierten seit Mitte des 13. Jahrhunderts in Vertretung von Kaiser und Reich, übten die volle Straf- und Zivilgerichtsbarkeit aus und leiteten die Versammlung der Gerichtsgenossen.

Die Rechtssetzung in Angelegenheiten, die alle betrafen, wie etwa die Vergabe von Besitz, beanspruchten die Gerichtsgenossen auf ihren Gerichtsversammlungen für sich. Bis ins 14. Jahrhundert kannten die drei Täler nur das Gericht und die Gerichtsversammlungen. Stärker als die Gerichtsgemeinden waren aber die Geschlechter und Familien, die über eine feste Ordnung verfügten. Dies zeigen auch Quellen: Das Bündnis von 1291 wurde erst dann mächtig, als es gelang, die Oberhäupter der Geschlechter der drei Täler für die Ziele des Bündnisses zu gewinnen⁴⁹.

Als kommunaler Amtsträger wirkte der Ammann soweit, wie es ihm die Landsgemeinde einräumte. Er war Vorsitzender der Landsgemeinde und aller Räte, Repräsentant des Landes gegenüber aussen und später Gesandter an den eidgenössischen Tagsatzungen. Er besass hohes Ansehen. Amtszeitbeschrän-

⁴⁷ Ryffel, S. 50.

⁴⁸ Ryffel, S. 41 f.

⁴⁹ Ruser, Konrad, Die Talgemeinden des Valcamonica, des Frignano, der Leventina und des Blenio und die Entstehung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Maurer; Helmut, Kommunale Bündnisse Oberitaliens und Oberdeutschlands im Vergleich, Sigmaringen 1987, S. 146.

kungen schien es im Mittelalter keine gegeben zu haben. Die Tätigkeit war ehrenamtlich⁵⁰.

Vergleich mit Hauenstein

Im Unterschied zu den „normalen“ Gemeinden dieser Zeit, bei denen sich an erster Stelle ein singulärer Amtsträger befand (Schultheiss, Ammann), der in Doppelfunktion sowohl die herrschaftliche Sphäre als auch die Gemeinde repräsentierte und neben dem die kommunale Ebene durch ein Kollektivorgan (Zwölfer) vertreten wurde, stand in den Talgemeinden wie in den Einungen der Grafschaft Hauenstein ein Ammann beziehungsweise ein Einungsmeister an der Spitze, der von der Landsgemeinde bzw. von der Einungsversammlung gewählt wurde. In beiden Gebieten bestand daneben kein gleichwertiger Rat. In Hauenstein existierte ein solcher überhaupt nicht, in den Talgemeinden hatte er sich dem Landammann unterzuordnen. Hinzu kamen hier wie dort eine Reihe besoldeter Funktionsträger wie Schreiber, Säckelmeister oder Steuerer, Waibel und weitere mehr. Die Einungsmeister übten vergleichbare Tätigkeiten aus: Auch sie waren das Exekutivorgan, auch sie waren für die Umlegung der Steuern zuständig. Wie die Landammänner genossen sie grosses Ansehen. Allerdings war ihre Amtszeit auf ein Jahr begrenzt. Man muss aus der Struktur der Grafschaft herrührend dahingehend ergänzen, dass sie ihre Position an der Spitze einer einzelnen Einung natürlich für die gesamte Grafschaft im Kollegium der „Achtmannen“, also aller Einungsmeister, gemeinsam ausfüllten. Im Laufe der Zeit entwickelte sich für die gesamte Grafschaft ja dann das Amt des Redmannes, also des Vertreters nach aussen, das einer der Einungsmeister wahrnahm und so an die Stelle des Kollegiums trat⁵¹.

4. Fazit

Die in der Überschrift aufgeworfene Frage kann im Ergebnis bejaht werden, die Einungsverfassung der ehemaligen Grafschaft Hauenstein ist richtigerweise in die Nähe der Innerschweizer Orte Uri, Schwyz und Unterwalden gerückt worden. Trotz aller Parallelen bei den Strukturen und inneren Verfassungen darf aber nicht übersehen werden, dass es sich jeweils um rein lokale Vorgänge gehandelt hat. Ähnliche Ansätze hat es in Europa viele gegeben, die Schweizerische Eidgenossenschaft stellt in ihrer Entwicklung hin zum eigenen Staat aber die absolute Ausnahme dar. In die Kategorie der Ausnah-

⁵⁰ Möckli, S. 32 f.

⁵¹ Wernet, Die Einungsmeister, Kreisarchiv Waldshut, N 3/1, Nr. 18.

men dürfte auch die ehemalige Grafschaft Hauenstein fallen, da sie sich als Selbstverwaltungskörperschaft mit einem hohen Grad an Autonomie bis ins 18. Jahrhundert erhalten hat. Aufgrund der freien Wahl der Einungsmeister nahm die Grafschaft eine Sonderstellung unter den Gebieten Vorderösterreichs ein.

Alfred Dufour

Code Napoléon et histoire du droit genevois

Introduction

En ces années commémoratives de divers bicentenaires, les raisons ne manquent pas de traiter du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois*. Il y a d'abord, bien sûr, le bicentenaire du Code Napoléon, marqué ici et là dès 2004, à Paris solennellement en mars 2004 comme à Bonn au *Rechtshistorikertag* allemand de septembre 2004, en Belgique comme à la Faculté de droit de Genève en février de la même année sous l'égide des romanistes romands, par des Colloques ou des conférences commémoratives. Et assurément, n'en déplaise à quelques esprits chagrins ou viscéralement anti-napoléoniens, le Code Napoléon mérite à plus d'un titre ces célébrations commémoratives. En une époque qui perd de plus en plus toute mémoire, il est, en effet, un *lieu de mémoire*. Il y a quelques années le regretté Doyen Carbonnier lui avait significativement consacré tout un chapitre du premier tome des *Lieux de Mémoires* publiés sous la direction de Pierre Nora¹. Il y célébrait le Code Napoléon comme "le Code ancêtre, le Code par excellence, le Code"², et il précisait: "historique dès sa naissance, parce qu'il a été mis au monde par un personnage qui déjà était acclamé comme faisant partie de l'histoire, comme faisant de l'histoire"³. Plus près de nous culturellement et avec moins d'emphase notre compatriote Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) célébrait il y a plus de 150 ans déjà dans le Code Napoléon "la première tentative en fait dans toute l'histoire universelle de réaliser un compromis entre le droit romain et le droit indigène et de satisfaire en même temps aux exigences de la vie moderne"⁴.

* Certaines parties de ce texte ont été présentées dans le cadre d'une séance consacrée au bicentenaire du Code Napoléon le 18 novembre 2004 à la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève.

¹ Cf. *Les Lieux de mémoire*, dir. P. Nora, Paris (1984) 1997², éd. Quarto, t.I. pp.1331-1351.

² Cf. *Op.cit.*, p. 1333.

³ Cf. *Op.cit.*, *loc.cit.*

⁴ Cf. J.C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, I. Bd, Zürich 1854, Beilage (aus der *Oestlichen Schweiz*, Jan. 1844), pp.XXIII-XXIV: "Er

C'est que le Code Napoléon marque sans aucun doute un des sommets du mouvement de codification comme un des grands moments de l'histoire du droit privé occidental par cette double synthèse qu'il opère pour la première fois, d'une part, entre la tradition du droit romain et la tradition coutumière d'origine germanique, d'autre part, entre l'Ancien Droit et les principes de liberté et d'égalité de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁵.

Il n'est cependant pas dans notre dessein fondamental de nous borner à célébrer à notre tour dans un cadre plus historique que juridique ce grand anniversaire de l'histoire juridique occidentale, fût-ce pour réparer l'absence totale de toute commémoration genevoise du centenaire du Code en 1904, que ce soit dans le cadre de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève ou dans les milieux juridiques de l'époque. En fait, il nous est apparu qu'il y avait des raisons plus pertinentes de traiter du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois; trois ordres de raisons nous ont, en effet, réellement déterminé: le premier tient à ce que, tout comme la période française de l'histoire genevoise, ainsi qu'on l'a récemment relevé, l'histoire du droit genevois est longtemps demeurée "la parente pauvre de l'historiographie genevoise"⁶. Sans doute la situation a-t-elle évolué depuis cette dernière décennie⁷. Il n'empêche que dans le dernier Colloque sur *Genève française* de 1998, dont les Actes ont paru en 2004, l'histoire du droit est totalement absente; quant au précédent Colloque sur *Genève et le Bicentenaire de la Révolution française* de 1989, dont les Actes ont paru en 1992 sous le titre *Regards sur la Révolution genevoise*, l'histoire constitutionnelle comme l'histoire du droit privé genevois y brillent également par leur absence⁸. Il est

war der erste - und in der Tat welthistorische - Versuch, das römische und das einheimische Recht durchgreifend auszugleichen und zugleich die Ansprüche des modernen Lebens zu befriedigen".

⁵ Cf. les propos d'A. SOREL, in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, t.1, Paris 1904, Introduction, p. XXIX: "Le Code civil, c'est la jurisprudence du droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble et adaptés à la *Déclaration des Droits de l'Homme* selon les mœurs, convenances et traditions de la nation française".

⁶ Cf. C. SANTOSCHI, "Genève française - Essai de synthèse du Colloque", in *Genève française 1798-1813*, éd. L. Mottu-Weber - J. Droux, Actes du Colloque tenu du 12 au 14 novembre 1998, Genève, *Mémoires publiés par la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève (MDG)*, t. 62, Genève, 2004, p.341.

⁷ Cf. B. ROTH-LOCHNER, *Messieurs de la Justice et leurs Greffes*, MDG, t.54, Genève 1992 et *De la banche à l'étude - le notariat genevois sous l'Ancien Régime*, MDG, t.58, Genève, 1997.

⁸ Voir, selon le titre de la contribution sur le *Discours politique* d'une des participantes, le "silence éloquent" à cet égard des Actes du Colloque *Genève française 1798-1813*, *op.cit.* Hormis un tableau sur l'organisation judiciaire du département du Léman avec le rappel en note "de l'œuvre codificatrice de l'Empire" dans la contribution de B.

donc grand temps de réactiver l'étude de l'histoire du droit genevois. Les commémorations du bicentenaire du Code Napoléon nous en offrent une occasion privilégiée.

Nous touchons là au second ordre de raisons, et à la vérité à la raison principale, qui nous a déterminé à traiter du sujet du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois. Et c'est justement la place qui revient à ce Code français dans l'histoire juridique genevoise, puisque Genève est le seul des XXII Cantons de la Confédération suisse du XIX^e siècle à avoir connu le Code Napoléon comme Code en vigueur à travers la totalité du XIX^e siècle jusqu'en 1912. Si c'est cet assujettissement de Genève au Code Napoléon de 1804 à 1912 qui nous est apparu comme la raison déterminante d'aborder en ces années commémoratives le sujet de la place du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois, il est encore un troisième ordre de raisons d'aborder ce sujet. C'est que le maintien du Code Napoléon à Genève tout au long du XIX^{ème} siècle – tout comme celui du Code de commerce napoléonien jusqu'en 1883 – pose une question fondamentale, une de ces grandes questions de l'historiographie juridique: ce maintien illustre-t-il en effet l'imposition d'une législation *étrangère* à Genève, comme dans d'autres régions ou pays annexés ou satellisés par la France, ou constitue-t-il bien plutôt l'aboutissement d'une évolution séculaire de l'ancien droit privé genevois ? En d'autres termes le Code Napoléon – tout comme le Code de commerce – représente-t-il un corps étranger à Genève comme il a pu l'être dans les "Etats français" de la Confédération du Rhin de 1806 – tel le Royaume de Westphalie ou le Grand Duché de Berg – ou couronne-t-il au contraire le développement d'une longue évolution ? Mais pour pouvoir bien poser la question et tenter de la résoudre, encore faut-il en élucider les principales prémisses.

Du coup nous touchons à l'objet de la présente étude. A cet égard, la problématique du Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois au XIX^{ème}

ROTH-LOCHNER (*op.cit.*, p.7), et dans l'"Essai de synthèse" concluant le volume de C.SANTSCHI sur l'application à Genève au XIX^{ème} siècle du Code Napoléon (cf. *op.cit.*, p.342), les organisatrices et éditrices n'ont pas fait la moindre place à l'histoire du droit et des institutions en dépit des nombreuses mutations intervenues à Genève avec l'application des lois françaises dès 1798, puis et surtout avec celle des Codes napoléoniens dès 1804, dont on sait l'importance pour le XIX^{ème} siècle genevois. Quant au Colloque sur *Genève et le bicentenaire de la Révolution française*, dont les Actes ont paru sous le titre *Regards sur la Révolution genevoise 1792-1798*, MDG, t.55, Genève, 1992, il ne fait de place qu'à l'histoire du droit pénal avec les contributions de M. PORRET sur les "représentations de la Justice patricienne" (*op.cit.*, pp.119-150) et de R. ROTH sur les "Réformes du droit pénal à Genève durant l'époque révolutionnaire" (*op.cit.*, pp.151-169).

siècle revêt à nos yeux deux aspects principaux. Il s'agit, d'une part, d'un aspect proprement *historico-juridique*, qui tient au *destin* du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle; et il s'agit, d'autre part, d'un aspect *philosophico-juridique* qui tient plus particulièrement aux raisons de la survivance du Code Napoléon à Genève. En toute rigueur, cela appellerait un exposé en deux parties. Mais pour un cercle d'historiens plus que de philosophes du droit comme pour des raisons de place, nous nous en tiendrons à l'aspect *historico-juridique*. Nous n'aborderons l'aspect *philosophico-juridique* de la survivance ou Réception du Code Napoléon à Genève qu'en guise de conclusion.

I.

Concernant le destin et le sort du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle, Genève s'étant vu imposer ce Code comme les autres lois de la République Française du fait de son Annexion à la France par le Traité de Réunion du 17 mai 1798, le premier problème qui se présente à cet égard est celui des *conditions* de la survivance de ce Code à Genève à partir de la Restauration de l'indépendance genevoise.

Trois questions nous paraissent devoir être posées à ce sujet.

1. La première est celle du *sort* du Code Napoléon proprement dit comme de tout le reste de la législation française en 1813-1814, au moment de la Restauration de la République genevoise.
2. La deuxième question qui se pose - une fois la première élucidée –est celle de la *destinée* du Code Napoléon tout au long du XIX^{ème} siècle genevois.
3. Enfin la troisième question à se poser, d'ordre plus technique, est celle des *modalités concrètes* de la survivance du Code Napoléon au sein de la législation genevoise.

1. La première question qui se pose quant au *destin* du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle est celle de savoir ce qu'il advient de ce Code au moment de la Restauration de la République en 1813-1814. Le problème a été bien étudié dans le contexte genevois à deux reprises en tout cas, une première fois par Alfred Martin en 1912, une seconde fois par Alain Zogmal dans sa thèse sur P.F. Bellot de 1998⁹, et nous nous y sommes arrêté nous-même dans notre première publication de jeune assistant voici près de 40 ans en 1968 sur *Alfred Martin et l'histoire du droit genevois*¹⁰. Le problème

⁹ Cf. A. MARTIN *Une Commission des Edits Civils en 1814*, Genève 1912, et A. ZOGMAL, *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le Code Civil*, Genève 1998.

¹⁰ Cf. A. DUFOUR, "Alfred Martin et l'histoire du droit genevois", in *Semaine Judiciaire*, n° 23, juin 1968, pp.375-397.

mérite, en fait, d'être situé dans un contexte plus vaste tout à la fois romand et européen.

Comme l'a fort bien formulé Alain Zogmal dans son excellente thèse d'histoire du droit précitée sur *Pierre-François Bellot et le Code Civil* sous la rubrique *Les dilemmes de la politique législative de la Restauration*:

"A la fin décembre 1813 et au début de 1814, le Gouvernement provisoire de la République de Genève a le choix entre quatre options de politique législative:

- a) s'en tenir au statu quo et garder les Codes reçus de la France, quitte à procéder à des adaptations de leur contenu;
- b) décréter immédiatement l'abrogation des lois françaises en vigueur et le retour au droit civil de l'Ancien Régime;
- c) doter Genève d'une législation nationale établie à partir des Codes reçus de la France;
- d) enfin, ultime possibilité, faire rédiger des Codes proprement genevois, en prenant l'ancien droit pour modèle"¹¹.

De fait, ces dilemmes et les options qui se présentaient n'étaient pas propres à la République alors restaurée au bout du Léman. On les retrouve au lendemain des premières défaites du maître de l'Europe dans la quasi-totalité des territoires annexés ou des Etats satellisés par la France napoléonienne. C'est tout naturellement le cas aux frontières de la France, ramenée à ses limites de 1791, et dans les Royaumes et Duchés satellites dévolus jusqu'alors aux frères de Napoléon. Et c'est tout particulièrement le cas dans la partie de l'ancien Evêché de Bâle annexée en 1793 à la France et qui sera cédée au Canton de Berne par le Congrès de Vienne le 20 mars 1815.

Dans ces différents territoires et Etats, l'écroulement du système napoléonien place les nouvelles autorités – pour la plupart des autorités restaurées – devant les mêmes dilemmes que le gouvernement provisoire genevois le 31 décembre 1813. Il s'agit toujours de choisir entre quatre options, à savoir: soit, *primo*, conserver le Code Napoléon et les autres Codes napoléoniens; soit, *secundo*, décréter leur abrogation immédiate et le retour au Droit de l'Ancien Régime; soit, *tertio*, doter le pays de nouveaux Codes inspirés des Codes napoléoniens; soit enfin, *quarto*, élaborer une codification nationale inspirée de l'Ancien Droit. Les choix effectués varieront considérablement d'Etat à Etat. Ainsi, première option, le Grand Duché de Luxembourg conservera-t-il le Code Napoléon tout comme les Grand Duchés de Berg et de Bade et aussi, quelques lustres plus tard, en 1831, la Belgique, affranchie du Royaume de Hollande¹². Il en ira de même des territoires de la

¹¹ Cf. A.ZOGMAL, *op.cit.* p.124.

¹² Cf. à ce sujet, outre la contribution classique au *Livre du Centenaire* d'E. MÜLLER, "Le Code civil en Allemagne", *op.cit.* t.II, pp.628-638, notamment pp.632-635, l'étude de R. CHABANNE, "L'Allemagne napoléonienne en face du problème de la

rive gauche du Rhin comme les provinces rhénanes prussiennes, bavares et hessoises¹³. Il n'en demeure pas moins, deuxième option, que la plupart des autres Etats et territoires allemands, tout comme la majeure partie des Etats italiens, s'empressent dès début 1814 d'abroger le Code Napoléon pour revenir à l'Ancien Droit¹⁴. C'est le cas dès janvier-février 1814 du Nassau, du Grand Duché de Francfort, puis des anciennes villes hanséatiques de Lübeck, de Hambourg et de Brême, ainsi que du Grand Duché d'Oldenbourg et de l'ex-Royaume de Westphalie, qui se voit réappliquer le Code prussien, l'*Allgemeines Landrecht Preussens* de 1794¹⁵. C'est alors aussi que s'amorce le grand débat sur la codification en Allemagne entre les tenants d'un Code civil général pour toute l'Allemagne, plus ou moins inspiré du Code Napoléon – thèse soutenue par le civiliste de Heidelberg A.F.J. Thibaut (1772-1840)¹⁶ – et les adversaires de toute codification générale du fait de l'enracinement indigène et coutumier du Droit dans la conscience populaire de chaque nation – thèse défendue par l'illustre F.C. von Savigny (1779-1861)¹⁷.

Si la plupart des Etats allemands, exception faite des provinces rhénanes, optent pour l'abrogation immédiate du Code Napoléon et le retour aux Ordonnances et aux Coutumes de l'Ancien Régime, il en ira de même plus près de chez nous en Savoie, où le Roi de Piémont-Sardaigne décrète le 18 octobre 1814 l'abrogation du Code Napoléon et le rétablissement des Royales Constitutions de 1770¹⁸, ce qui ne sera pas sans peser sur les options ultimes qui s'offriront au gouvernement genevois de la Restauration.

Avant d'aborder les choix successifs du Gouvernement provisoire, puis constitutionnel, de Genève qui conditionneront le sort du Code Napoléon

codification", in *Annales de la Faculté de Droit – Université Jean Moulin*, Lyon 1974/1, p.30 et J.L.HALPÉRIN, *Le Code civil*, Paris 1996, pp.138-139. Voir également *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, éd. A. Erler-E. Kaufmann, Berlin, Bd. I, 1971, col. 623-624.

¹³ Cf. E. MÜLLER, *op.cit.,loc.cit.*, R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*, et J.L. HALPÉRIN, *op.cit.,loc.cit.*; *HRG*, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁴ Cf. E. MÜLLER, *op.cit.,loc.cit.*, R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*, et J.L. HALPÉRIN, *op.cit.*, p. 139; *HRG*, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁵ Cf. R. CHABANNE, *op.cit.,loc.cit.*; *HRG*, *op.cit.,loc.cit.*

¹⁶ Cf. A.F.J. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814.

¹⁷ Cf. F.C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814. Nous venons de donner de ce texte la première traduction française, Paris, PUF, 2006.

¹⁸ Cf. J.L. HALPÉRIN, *op.cit.,loc.cit.* Voir à l'époque P.F. BELLOT, *Cours de droit civil moderne*, Genève 1831-1832, Ms. Cours Univ. 22, BPU Genève, Cahier 2, fol. 8, sect. 3, § 2: Législation civile des Communes détachées de la Savoie.

comme celui des autres Codes napoléoniens dans le Canton de Genève, il reste à évoquer la situation dans le reste de la Suisse romande.

Hormis le Jura devenu bernois, sur lequel nous reviendrons, cette situation n'offre aucune analogie avec celle de Genève. Et cela pour des raisons d'ordre à la fois *politique* et *juridique*. D'une part, en effet, Vaud et Fribourg sont depuis 1803 des Cantons souverains de la Confédération Suisse de la Médiation ayant leur propre régime juridique à prédominance coutumière, même si le gouvernement du Canton de Vaud met en train une entreprise de codification dès 1804 qui prendra en fait 15 ans¹⁹. Quant au gouvernement du Canton de Fribourg, il ne se lancera dans la même entreprise qu'en 1822 et elle prendra entre 12 et 17 ans²⁰. Cela dit, si le Code Napoléon n'est donc pas en vigueur dans ces deux Cantons comme à Genève ou dans le Jura en 1814, il n'en va pas moins tenir lieu de modèle dans le processus d'élaboration des Codes civils vaudois de 1819²¹ et fribourgeois de 1834 à 1849²². D'autre part, Neuchâtel et le Valais ont un statut *sui generis*: Neuchâtel, Principauté prussienne, dévolue au Maréchal Berthier, restera foncièrement régie par le droit coutumier jusqu'en 1848²³, et l'idée de lui imposer le Code Napoléon "ne semble jamais avoir été sérieusement envisagée", se heurtant par avance en 1806 comme en 1809 à l'hostilité foncière du Conseil d'Etat comme du Procureur général²⁴. Il en ira de même de la République indépendante du

¹⁹ Cf. E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bd IV., Bâle 1893, §.118, pp.188-189; A. et D. CABANIS, "Code Napoléon et Code civil vaudois de 1819: adaptation et progrès", in *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, 1975, pp.221-234, notamment pp.222-225, et J.F. POUDRET, "Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^{ème} siècle", in *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, pp.48-53. On consultera aussi avec profit la contribution d'E. HOLTHÖFER sur les codifications des cantons latins in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III/II Munich 1982, pp.1859-1924; pour le Canton de Vaud, pp.1870-1877.

²⁰ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, Bd IV., § 118, p.189; R. de WECK, "1830 et les Codes fribourgeois", in *Annales fribourgeoises*, XVIII, 1930, pp.253-266, et J. F. POUDRET, *op.cit.*, pp.54-55; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1898-1905.

²¹ Cf. E. HUBER, *op.cit., loc.cit.*; A. et D. CABANIS, *op.cit.*, pp.223-225 et 230-231, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.51 et 61; voir E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1874.

²² Cf. E. HUBER, *op.cit.* p.189; R. de WECK, *op.cit.*, p.257-265, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.54-55; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1906-1907.

²³ Cf. D. FAVARGER, "Essai sur la notion de sources du droit – Réflexions pour servir à la publication des sources de l'Ancien Droit neuchâtelois", in *Revue de droit suisse (RDS)*, 1970, p.371.

²⁴ Cf. Ph. HENRY, "Neuchâtel français ? Le rattachement de la Principauté à l'Empire napoléonien (1806-1814)", in *Genève française 1798-1813*, *op.cit.*, p.88, qui cite un

Valais de 1803 à 1810, qui, tout en décidant de codifier le droit civil et pénal en 1804, se bornera à imposer comme Code du Pays le *Landrecht* de l'Evêque de Riedmatten de 1571²⁵. Mais dans ces deux Etats également, si le Code Napoléon n'entrera jamais en vigueur, même pas pendant la brève période d'annexion du Valais à l'Empire français de 1810 à 1814²⁶, il n'en n'inspirera pas moins formellement leurs Codes, qui constituent les deux codifications cantonales romandes les plus tardives: à savoir le *Code civil neuchâtelois* de 1853-1855²⁷ et le *Code civil valaisan* de 1855²⁸.

Tout autre, et en définitive très proche de celle de Genève, sera la situation du Jura, soit du territoire de l'Ancien Evêché de Bâle au moment de son rattachement en 1815 au Canton de Berne. C'est qu'il s'agit là, en effet, d'un ancien territoire annexé à la République française comme Genève et qui s'est vu à ce titre imposer le Code Napoléon avec toute la législation française.

Concernant alors le sort du Code Napoléon dans le Jura devenu bernois par la grâce des Puissances Alliées, ce sort est formellement scellé par l'article 14 de l'Acte de Réunion prévu par le Congrès de Vienne, qui se prononce pour la deuxième option évoquée, à savoir, ni plus, ni moins que l'abrogation de la législation française, partant du Code Napoléon, et son remplacement

propos du Procureur général de Rougemont en 1809 – "Abolir nos lois, c'est détruire notre individualité" – après ceux du gouvernement en 1806, pour lequel imposer d'un coup le Code Napoléon, si remarquable soit-il, "serait nous faire un mal infini".

²⁵ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.190, et la thèse d'histoire du droit de Fribourg de M. SULSER, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Wallis im 19. Jahrhundert*, Liestal, 1976, pp. 4-5; voir aussi E.HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1886-1888.

²⁶ Cf. J.L. HALPÉRIN, "L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques français", in *Bonaparte, la Suisse et l'Europe*, *op.cit.*, p.48, dubitatif à cet égard, J.F. POUDRET, *op.cit.*, p.56, alors que M. SULSER, *op.cit.*, pp.5-6 et 16, comme A. MARTIN, *op.cit.*, p.894, postulent son éphémère imposition; *contra* E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1888.

²⁷ Sur le Code civil neuchâtelois, œuvre du chef des Révolutionnaires de 1848 devenu Président du Conseil d'Etat, Alexis-Marie Piaget (1802-1870), qui, par delà ses modifications, reprend la tripartition fondamentale du Code Napoléon et nombre de ses dispositions, voir la belle thèse d'I. AUGSBURGER-BÜCHELI, *Le Code civil neuchâtelois - 1853-1855 – Etude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Neuchâtel, 1988, ainsi que pour sa dépendance à l'égard du Code Napoléon, J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.58-59. Voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1879-1885.

²⁸ Cf. M. SULSER, *op.cit.*, pp.40-197. Œuvre de B. E. Cropt (1798-1896), le Code civil valaisan reprend également la tripartition du Code Napoléon, tout en lui apportant de substantielles modifications, notamment en matière matrimoniale comme en matière successorale et immobilière; cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.190, M. SULSER, *op.cit.*, pp.63-68 et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.56-57, de même que E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1888-1893.

par une législation nationale fondée sur l'Ancien Droit et sur les lois bernoises²⁹. Cette abrogation est cependant différée, sa date étant laissée à l'appréciation du gouvernement bernois:

"La législation française civile est abolie en principe dans les parties de l'Evêché où elle existe encore. L'époque de son abolition sera fixée par le gouvernement. (...) Il sera nommé par le gouvernement une commission de jurisconsultes qui formera un recueil d'ordonnances, fondé sur les us et coutumes du pays et sur les lois de Berne comme droit subsidiaire, pour être soumis à la sanction du Conseil souverain"³⁰.

Or qu'advient-il ? Au vu, d'une part, de l'incertitude et de l'imperfection de l'Ancien Droit – les anciennes coutumes de la Principauté épiscopale –, d'autre part, de la nécessité d'une vaste mise à jour du droit bernois, il en résultera la décision du gouvernement bernois en date du 19 décembre 1817 de différer l'exécution de l'article 14 de l'Acte de Réunion et donc de maintenir provisoirement en vigueur la législation française dans le Jura, partant le Code Napoléon jusqu'à la révision du droit bernois³¹. De fait, même codifié entre 1824 et 1830, le droit bernois ne s'appliquera jamais, hormis pour le mariage des protestants, dans le Jura et le Code Napoléon ainsi que les autres Codes napoléoniens resteront en vigueur tout au long du XIX^{ème} siècle³².

Qu'en est-il alors à Genève ? Laquelle des quatre options mentionnées l'emportera-t-elle dans la politique législative du Gouvernement pour décider du sort du Code Napoléon à Genève comme des autres Codes napoléoniens ? Eh ! bien, à lire les Registres du Conseil provisoire comme du Conseil d'Etat³³ et ceux des Commissions compétentes pour la rédaction d'un Code civil³⁴ et

²⁹ Cf. E. HUBER, *op.cit.*, p.187, et A. BERNEL, *Le droit du Code civil français applicable au Jura bernois*, thèse de droit, Berne, Genève 1955, pp.16-19; A. COMMENT, *Code Napoléon (CN) et Code civil (CCS) dans le Jura bernois 1815-1965*, Laufon, 1965, pp.165-189, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.45-47; voir aussi E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, pp.1862-1866, en particulier pp.1863-1864.

³⁰ Cf. *Acte de Réunion du ci-devant Evêché de Bâle au Canton de Berne du 14 novembre 1815*, art. 14 et 15, cité par A. BERNEL, *op.cit.*, pp.17-18.

³¹ Cf. A. BERNEL, *op.cit.*, pp.1-23 et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.46-47; de même E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1864.

³² Cf. E. HUBER, *op.cit.*, *loc.cit.*; A. BERNEL, *op.cit.*, pp.26-27; A. COMMENT, *op.cit.*, pp.175-181, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.47-48; de même E. HOLTHÖFER, *op.cit.*, p.1865.

³³ Cf. Archives d'Etat de Genève (AEG), *Registre du Conseil provisoire (RCP)*, 1813-1814; *RC*, 314-315, *Registre du Conseil d'Etat (RCE)*, 1814, 1.

³⁴ Cf. *Registre des séances de la Commission nommée pour faire la révision des lois civiles de Genève, nommée par le Magnifique Conseil le 18 mai 1814*, AEG, Justice A 7 bis.

d'un Code de commerce³⁵ comme pour la rédaction d'un projet de Constitution³⁶, il apparaît que les autorités genevoises de la Restauration ont envisagé successivement plusieurs options entre la fin de 1813 et juillet 1816.

On peut à cet égard en distinguer trois, correspondant à celles que nous évoquions tout à l'heure.

1°) En un premier temps, en effet, il semble que le Conseil provisoire ait songé d'abord à l'éventualité de l'abrogation pure et simple des Codes français pour "rétablir les Anciens Edits". C'est l'interprétation que donne ainsi Alain Zogmal de la Proclamation du Conseil provisoire du 31 décembre 1813:

"Nous soussignés, nous nous constituons en Gouvernement, sous le titre de Syndics et Conseils provisoires, avec la charge d'administrer et de faire administrer la police et la justice tant civile que criminelle; (...) de préparer les lois et les règlements qui nous paraîtront le mieux assortis à notre situation future"³⁷

2°) Assez rapidement cependant, en un deuxième temps, une deuxième option s'impose et c'est celle de l'élaboration de *nouveaux Codes*, mais sur la base de l'Ancien Droit, c'est-à-dire des *Edits civils*. C'est ce qui ressort du Registre du Conseil provisoire en date du 18 mai 1814; ce Conseil institue alors, en effet, deux Commissions pour la rédaction d'un Code civil et d'un Code de commerce:

"On propose de nommer deux commissions pour s'occuper le plus promptement possible de la rédaction d'un Code civil et d'un Code de commerce adaptés à la nouvelle situation de Genève.

La Commission pour le Code civil devra prendre pour base nos anciennes lois civiles de l'Edit de 1707 modifié en 1783. Nos lois civiles devront être les mêmes, quelle que soit l'étendue de notre canton, il y a grande convenance à s'en occuper immédiatement. Les lois de commerce seront particulièrement importantes pour Genève, mais comme elles intéressent aussi l'étranger, il est nécessaire qu'elles soient connues un peu d'avance; il importe donc qu'elles soient bientôt rédigées"³⁸.

Sur quoi le Conseil provisoire précise également la procédure à suivre, une fois les projets achevés:

³⁵ Cf. *Notes de la Commission de révision du Code de commerce*, 1814-1815, BPU Genève, Ms. 3655.

³⁶ Cf. *Rapport de la Commission chargée de rédiger un projet de Constitution pour la République de Genève*, Genève, 1814.

³⁷ Cf. *RCP*, RC 314 ff. 12-13, et l'interprétation d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, *loc.cit.*

³⁸ Cf. *RCP*, RC 314 f.172.

"Quand le travail de ces deux commissions sera préparé, il sera soumis à la révision des Commissions du Conseil, ou de tels citoyens indiqués par lui, avant que d'être porté définitivement à la sanction du corps qui sera appelé à lui donner force de lois"³⁹.

L'objectif clairement assigné jusqu'à la procédure de réalisation, c'est donc, d'une part, l'élaboration de nouveaux Codes, mais, d'autre part, à tout le moins pour la rédaction d'un nouveau Code civil, le choix délibéré pour base, sinon pour modèle, non pas du Code Napoléon, mais des Anciens Edits Civils du XVI^{ème} siècle dans leur dernière version de 1783.

Et c'est bien la mise en œuvre de ce travail de véritable mise à jour des Edits civils que révèlent les Registres de la Commission pour le Code Civil, bientôt dite Commission des Edits civils. Du 26 mai au 5 septembre 1814, en une vingtaine de séances, la Commission pour la rédaction d'un Code civil n'aura discuté et arrêté que la révision de cinq des trente-quatre titres des Edits civils⁴⁰. Il s'agit d'abord du titre XI relatif à l'état des personnes et aux tutelles; ensuite du titre XII relatif au mariage, à la dot et à l'augment de dot; par ailleurs du titre XVII de l'extension des fiefs et de la taillabilité; enfin des titres XVIII et XIX portant principalement sur les locations de maisons et les locations de chevaux⁴¹.

Cela dit, force est de relever, d'un côté, la méthode littérale, quasi régressive, de la Commission bien dite des Edits civils, qui privilégie ainsi textes et discussions des Commissions de révision des Edits de 1783 et de 1791⁴² et qui paraît plus soucieuse d'œuvrer dans la continuité du passé plutôt que d'innover, les principales innovations étant le plus souvent d'ordre formel et tenant paradoxalement dans la reprise de certaines formules du Code Napoléon⁴³.

A quoi il faut ajouter, d'un autre côté, que la discussion des 25 articles du titre XII relatif au mariage, à la dot et à l'augment de dot ne permettra pas de trancher les plus importantes questions de principe, à savoir si l'on traiterait dans le Code civil de tout ce qui a trait au mariage et au divorce et si l'on

³⁹ Cf. *RCP*, RC 314, *loc.cit*, *in fine*.

⁴⁰ Cf. *Registre des séances de la Commission*, *cit. supra*, n. 34, Justice A 7 bis, pp.3-45.

⁴¹ Cf. *Registre des séances cit.*, pp.6-45, Séances du 2 juin (t. XI) des 6, 10, 22, 25, 28 et 30 juin, 4, 8 et 11 juillet (t. XII), du 11 juillet (t. XVII et XVIII) et du 1^{er} août (t. XIX).

⁴² Cf. par exemple les débats et propositions de la X^{ème} Séance du 8 juillet 1814, *Registre cit.*, p.22, de la XXI^{ème} Séance du 5 septembre 1814, p.52, et de la XXIII^{ème} Séance du 9 février 1815, p.56.

⁴³ Voir notamment les conclusions des XIX^{ème} et XX^{ème} Séances des 15 et 19 août 1814, *Reg. cit.*, pp.49-51.

n'envisagerait le mariage que comme un contrat civil⁴⁴. Et pour cause, puisque les milieux proches du Consistoire œuvrent déjà pour un retour à l'obligation de la célébration religieuse du mariage, qui prendra forme dans la Loi du 20 mai 1816.

Enfin, force est de constater qu'après une interruption de près de six mois, la Commission dite des Edits civils ne reprendra ses travaux le 31 janvier 1815 que pour s'occuper désormais de l'organisation des tribunaux et de la procédure civile⁴⁵.

C'est qu'entre temps, mis au courant des lenteurs de la Commission, le nouveau Conseil d'Etat, qui a proclamé dans sa *Loi sur l'organisation provisoire de la Justice*, le 6 janvier 1815, le maintien provisoire des divers Codes et lois en vigueur⁴⁶, décrète le 24 janvier 1815 de "recommander à la Commission nommée pour la révision des Edits civils", d'une part, de procéder en priorité dans le respect "de la lettre et de l'esprit" des Edits civils de 1783 "à la révision de nos lois relatives à la procédure civile", d'autre part, "de donner au Conseil dans le plus bref délai un préavis sur l'organisation des tribunaux de la République"⁴⁷.

Dès lors, la Commission de rédaction d'un Code civil, dite Commission des Edits civils, décide de ne plus se consacrer dans les mois suivants qu'à l'organisation judiciaire et à la procédure civile⁴⁸ en délaissant totalement le droit civil proprement dit. Ce tournant ne conduira pas seulement à un premier projet de loi d'organisation judiciaire, mais surtout à l'arrêt des travaux de la Commission en date du 20 octobre 1815⁴⁹, puis à sa dissolution formelle par arrêté du Conseil d'Etat en date du 19 juillet 1816⁵⁰. Une nouvelle Commission plus restreinte de trois membres est alors créée avec un mandat analogue étendu à la révision des titres des Edits sur le mariage, les biens meubles et immeubles, les donations, les testaments et la succession *ab intestat*, mais axé prioritairement sur la procédure civile⁵¹. C'est elle dont les

⁴⁴ Voir la IV^{ème} Séance du 10 juin 1814, *Reg. cit.*, pp.8-9.

⁴⁵ Cf. Compte rendu de la XXII^{ème} Séance, *Reg. cit.*, p.56.

⁴⁶ Voir la teneur de l'art. 74 de la dite loi: "Les divers codes et lois présentement en vigueur en matière civile, commerciale et criminelle sont provisoirement maintenus", cf. *Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République de Genève*, t. I, 1814-1815.

⁴⁷ Cf. *Registre du Conseil d'Etat (RCE)*, 315, f. 254.

⁴⁸ Cf. Compte rendu de la XXII^{ème} Séance du 31 janvier 1814, *Reg. cit.*, pp.55-56.

⁴⁹ Cf. *Reg. cit.*, f. 66.

⁵⁰ Cf. *RCE* 1816, t.2, ff. 59-60.

⁵¹ Cf. *op.cit., loc.cit.*. Présidée par J. Le Fort, Conseiller d'Etat, elle comprendra P. Girod et P.F. Bellot.

travaux aboutiront le 29 septembre 1819 à la fameuse *Loi sur la procédure civile*⁵², dont P.F. Bellot est le véritable auteur, mais c'est elle aussi qui n'achèvera jamais la révision des autres titres des Edits.

Si tel est le sort de la Commission pour le Code civil, tout autre sera celui de la Commission pour le Code de commerce. Et pour une raison bien simple: c'est que d'entrée de jeu, comme l'atteste le Registre de cette Commission, elle affirmera *expressis verbis* "la nécessité de maintenir les lois existantes dans le Code de commerce"⁵³. "La nécessité de la conservation de ces lois", poursuit le Registre, "fut motivée non seulement sur ce que le Code de commerce est un bel ouvrage composé de tous les meilleurs règlements d'édits parus sous divers règnes et notamment sous Louis XIV, mais encore sur ce que notre voisinage du territoire français, les fréquents rapports commerciaux qui en résultent doivent nous faire désirer d'être régis sous ce rapport à peu près par les mêmes lois"⁵⁴.

En clair, la Commission pour le Code de commerce se prononce et axe ses travaux dans le sens du maintien du Code de commerce. Et le fait est que, d'une part, quatre mois après sa constitution le Tribunal de Commerce est expressément maintenu par la Constitution de 1814, à la différence du reste de l'organisation judiciaire française, et que, d'autre part, la Commission pour le Code de commerce achève ses travaux en 1817, "convaincue de la perfection de la législation reçue de la France"⁵⁵.

La question du sort du Code de commerce étant ainsi clarifiée dans le sens de son maintien en vigueur sur le territoire de la République avec la juridiction correspondante, expressément consacrée par la Constitution de 1814, qu'en est-il finalement du sort du Code Napoléon ?

3°) Ce sort résultera de la troisième option, à laquelle le gouvernement genevois finira par se rallier en un troisième temps, à l'instar du gouvernement bernois dans le Jura à la même époque, à savoir le maintien en vigueur des Codes français, conçu à titre provisoire. C'est ce qui ressort de la *Loi transitoire sur l'organisation judiciaire* du 20 février 1816, qui reprend l'article 74 de celle du 6 janvier 1815. Elle stipule que "les divers Codes et Lois présentement en vigueur en matière civile, criminelle et de commerce

⁵² Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. V, 1819, pp.101ss.

⁵³ Cf. *Notes cit.*, *supra*, n.35, BPU, Genève, Ms 3655, p.2.

⁵⁴ Cf. *op.cit.*, *loc.cit.*

⁵⁵ Telle est la formule d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.129, qui résume bien l'esprit des procès-verbaux des séances de la Commission célébrant les mérites du Code de commerce de 1806.

sont provisoirement maintenus dans toutes les dispositions auxquelles il n'aurait pas été dérogé⁵⁶. Et c'est ce maintien provisoire, indéfini, qui va devenir définitif.

C'est ainsi par suite, d'une part, des différentes péripéties des travaux de la Commission dite des Edits civils, d'autre part, des divers aléas de la formation territoriale du Canton de Genève avec ses nouveaux territoires soumis à des régimes juridiques différents, enfin, du fait de la particularité de l'héritage juridique de l'Ancien Droit que le Code Napoléon s'est finalement maintenu d'abord à titre provisoire, puis définitivement dans le Canton de Genève. Avant d'en examiner de plus près les raisons, ce que nous ferons dans notre conclusion, il reste à voir quelle a été sa destinée à travers le XIX^{ème} siècle genevois.

II.

La deuxième question qui se pose concernant le Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois du XIX^{ème} siècle tient à sa *destinée*, à ce qu'il en est advenu, en d'autres termes, à ce qu'est devenue dans le terroir genevois cette législation présentée au seuil de la Restauration, souvent dans une perspective rhétorique, comme une législation *étrangère*.

C'est que, si formellement le Code Napoléon est "provisoirement maintenu" aux termes des lois d'organisation judiciaire de 1815 et de 1816 que nous avons citées, ce maintien n'ira pas en pratique sans ajustements, ni sans modifications souvent substantielles. Et il ne pouvait en aller différemment, dès lors que Genève, restituée à son indépendance, était désormais en mesure, d'une part, d'adapter à ses traditions nationales la législation qui lui avait été imposée par un souverain étranger, d'autre part, de l'améliorer dans les domaines où cette législation présentait des déficiences ou des injustices appelant des correctifs.

C'est ainsi qu'à l'instar de ce qui se passera dans l'élaboration des codifications civiles des Cantons de Vaud (1819) et de Fribourg (1834-1849), mais aussi de celles de Neuchâtel (1853-1855) et du Valais (1855), directement et formellement inspirées du Code Napoléon, de substantielles modifications vont être apportées par les autorités genevoises au Code Napoléon par voie de dérogation ou d'adjonction dans trois domaines

⁵⁶ Cf. Tit. VIII, art. 36 al. 1, chiffre 2, *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp.71 et 84.

principaux. Il s'agit de ceux du *droit matrimonial*, des *droits réels* et du *droit des successions*⁵⁷.

Si nous examinons de plus près les modifications opérées dans ces trois domaines, nous constatons que ce sont trois entreprises législatives d'une certaine envergure qui sont mises en train dès 1816-1820, la plus importante affectant, à l'initiative de P.F. Bellot, les droits réels.

1. Reprenons-les brièvement en commençant par les principales réformes opérées dans le domaine du *droit matrimonial*. Ces modifications majeures⁵⁸ du Code Napoléon en matière matrimoniale affectent, d'une part, les formes de la célébration du mariage, d'autre part, la capacité de la femme mariée.

Pour ce qui est de la modification des formes de la célébration du mariage, à laquelle nous avons consacré voici près de vingt ans une conférence et une étude substantielle, récemment republiée, à laquelle nous renvoyons⁵⁹, nous nous bornerons à rappeler que c'est là l'objet de la *Loi du 20 mai 1816 contenant quelques dérogations aux lois sur le mariage actuellement en vigueur* et qui restaure en fait l'obligation de la célébration religieuse, la bénédiction nuptiale obligatoire rétroagissant au jour du mariage civil⁶⁰. L'application de cette loi de 1816 réclamée par le Consistoire faisant problème, notamment dans les communes cédées par la Sardaigne en vertu du Traité de Turin, communes où registres d'état-civil et célébrations des mariages continueront à être l'affaire des curés conformément à ce Traité, les autorités genevoises tenteront de revenir à la législation uniforme du Code

⁵⁷ Cf. A. MARTIN, "Le Code civil dans le Canton de Genève", in *Livre du Centenaire*, *op.cit.*, t. 2, Paris, 1904, pp.882-890, et J.F. POUDRET, *op.cit.*, pp.43-45.

⁵⁸ Nous laisserons délibérément de côté, en raison de son caractère mineur, la question du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, prohibé par le Code Napoléon (art. 162), mais autorisé par une loi française de 1792, en vigueur à Genève de 1798 à 1804. A cet égard, le législateur genevois, à l'instar du législateur français de 1832, autorisera par la loi du 10 mars 1849 sur les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs le gouvernement à lever cette prohibition comme il pouvait le faire aux termes de l'art. 164 pour les mariages entre oncle et nièce et tante et neveu; cf. A. FLAMMER, *Le Droit civil genevois, ses principes et son histoire*, Genève 1875, pp.84-86.

⁵⁹ Cf. A. DUFOUR, "Mariage civil et Restauration", in *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts – Politische Implikationen und Perspektiven*, hrsg. H. Mohnhaupt, Ius Commune 32, Francfort/Main, 1987, pp.221-245; rééd. in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Genève, 2003, pp.152-176.

⁶⁰ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp. 211-215, et notre article précité, pp.229-233; rééd., pp.160-164. Voir aussi les développements et considérations d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.217-220.

Napoléon pour tout le Canton par la *Loi sur le mariage* du 26 décembre 1821, qui rétablit le régime du mariage civil sur tout le territoire genevois⁶¹.

Au vu des protestations convergentes de l'Evêque du diocèse, de la Cour de Sardaigne et de la Diète fédérale⁶², force leur sera de faire machine arrière par la *Loi sur quelques modifications à la législation du mariage* du 24 janvier 1824⁶³. Cette loi de 1824 dérogera aux dispositions du Code Napoléon sur la célébration du mariage et sur le divorce pour les seuls citoyens catholiques des communes cédées par le Traité de Turin en consacrant à nouveau les lois et usages canoniques jusqu'alors en usage dans ces communes⁶⁴. Par là se trouvera introduite dans le Canton de Genève une disparité de législation correspondant à un régime d'union incorporée⁶⁵, qui se perpétuera jusqu'en 1861 au lendemain de l'annexion de la Savoie par la France⁶⁶. C'est alors que sera votée la *Loi sur le mariage civil* du 12 octobre 1861, rétablissant partout le régime du Code Napoléon⁶⁷.

Aussi révélatrice de l'emprise des traditions locales, cette fois-ci plus juridiques que confessionnelles, apparaît la modification du Code Napoléon opérée en 1819 en matière de capacité de la femme mariée. Tel sera l'objet de la *Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme qui s'oblige pour son mari* du 30 janvier 1819, qui consacre, en fait, en dérogation aux dispositions du Code Napoléon, la perpétuation d'une pratique correspondant à une règle des Edits Civils⁶⁸. L'article 7 du titre XI des anciens Edits Civils stipulait en effet que la femme mariée ne pouvait contracter ou s'engager pour son mari qu'avec

⁶¹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. VII, 1821, pp.248-250. Sur les péripéties de l'application de la loi de 1816 et le retour au mariage civil du Code Napoléon, voir notre étude précitée pp.233-242, rééd. pp.164-173, ainsi qu'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.221-222.

⁶² Cf. A. DUFOUR, *op.cit.*, pp.243-244; rééd., pp.174-175.

⁶³ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. X, 1824, pp.10-12. Sur les conditions de son adoption voir A. DUFOUR, *op.cit.*, p.244; rééd. p.175.

⁶⁴ Cf. A. DUFOUR, *op.cit., loc.cit.*

⁶⁵ Cf. A. DUFOUR, *ibid*; J.F. POUDRET, *op.cit.*, p.44, parle de simple "dualité de législation".

⁶⁶ Voir A. DUFOUR, *op.cit.*, p.245, rééd. p.176.

⁶⁷ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XLVII, 1861, pp.434-435. Voir A. DUFOUR, *op.cit., loc.cit.*

⁶⁸ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. V, 1819, pp.9-12. Sur le problème en cause, sur son contexte et sur les péripéties judiciaires de l'application de la règle posée par l'art. 217 du Code Napoléon en la matière, cf. A. MARTIN, *op.cit.*, pp.186, et surtout l'analyse détaillée qu'en fait A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.188-200

l'autorisation de deux proches parents ou alliés ou, à défaut, de voisins⁶⁹. L'article 217 du Code Napoléon n'assujettissait, au contraire, la femme mariée pour tous les engagements qu'elle pourrait contracter qu'à une seule autorisation: celle de son mari⁷⁰. Arguant d'une lacune du Code Napoléon à combler par le droit antérieur, le Tribunal de commerce n'avait cessé d'appliquer à Genève la règle des anciens Edits civils jusqu'à une décision en appel de la Cour Suprême en 1818 interprétant littéralement le Code Napoléon contrairement à toute la tradition juridique nationale des Edits civils⁷¹. C'est à la suite de cet arrêt de la Cour Suprême de 1818, contraire à toute la tradition genevoise, que sera élaborée à l'initiative du Conseil d'Etat la loi du 30 janvier 1819⁷². Cette *Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme mariée qui s'oblige pour son mari* n'abrogera pas formellement l'art. 217 du Code Napoléon, elle le complètera en consacrant législativement l'antique règle du Titre XI des Edits civils.

2. D'une beaucoup plus grande ampleur que ces réformes en matière de droit matrimonial sera l'entreprise législative amorcée et partiellement menée à chef en matière de *droits réels*.

Pour bien comprendre toute l'ampleur de la réforme législative entreprise à cet égard, il convient de bien se rendre compte tout à la fois de la particularité et de l'imperfection, voire des déficiences notoires du régime consacré par le Code Napoléon en la matière et singulièrement en matière de droits réels *immobiliers*. Ce régime se ramenait en fait dans ses grandes lignes au régime romain de la *clandestinité*, sauf pour les hypothèques, et encore dans certaines limites. Pareil régime, diamétralement opposé au régime germanique du Registre foncier, impliquait quant à la *propriété*, d'une part,

⁶⁹ Cf. *Edit civils*, Genève 1783, Titre XI: *De l'état et qualité des personnes et des tutelles et gouvernemens des pupilles et mineurs*, art. 7: "La femme sous puissance de mari ne pourra s'obliger, contracter, cautionner, ou ratifier pour son mari, ni là où il a intérêt, si elle n'est autorisée par deux de ses plus proches parens ou alliés ou voisins connus à défaut de parens ou alliés, et que ce soit des personnes prudentes, majeurs et capables de pouvoir eux-mêmes contracter". Sur les aléas de l'application à la fin de l'Ancien Régime de cette disposition des *Edits civils* dans le cas de la femme mariée marchande, voir la belle étude de L. MOTTU-WEBER, "Le procès de Judith Porte à Genève en 1761-1762, épisode d'un long débat sur la capacité civile de la femme mariée" in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^{ème} siècle*, III^{ème} cycle de droit, éd. P. Caroni, Fribourg, 1997, pp.201-216.

⁷⁰ Cf. Art. 217: "La femme, même non commune ou séparée de bien, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit".

⁷¹ Cf. A. MARTIN, *op.cit.,loc.cit.*, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.190-196.

⁷² Cf. A. MARTIN, *op.cit.,loc.cit.*, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.196-199.

que le transfert de la propriété immobilière s'opère par la seule conclusion du contrat entre les parties sans aucune nécessité d'une inscription dans un registre public⁷³, d'autre part, concernant l'inscription dans un registre public - inscription nécessaire si l'acquéreur voulait purger l'immeubles des éventuelles charges hypothécaires -, elle avait pour principale fonction de rendre le contrat de transfert immobilier opposable aux tiers sans faire foi pour autant de l'état réel des charges grevant l'immeuble en cause⁷⁴. C'est enfin que, si le Code Napoléon instaurait bien la publicité des hypothèques par leur inscription dans un Registre de conservation des hypothèques, d'un côté, il n'imposait pas la transcription des mutations immobilières; d'un autre côté, il consacrait l'existence d'hypothèques occultes et générales indépendamment de toute formalité d'inscription dans les registres⁷⁵. Telle était en particulier l'hypothèque légale, que ce soit celle de la femme mariée sur l'ensemble des immeubles de son mari pour la sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales⁷⁶ ou que ce soit celle des mineurs et interdits sur l'ensemble des biens meubles et immeubles de leur tuteur pour la sûreté de leurs biens⁷⁷.

En conclusion, aussi bien le système du transfert de la propriété immobilière que le régime hypothécaire du Code Napoléon appelaient donc une réforme substantielle. Or nul n'apparaissait plus qualifié à Genève pour l'entreprendre que P.F. Bellot, Conservateur du Bureau des Hypothèques de 1814 à sa mort en 1836, qui avait connu pas moins de trois régimes en la matière: celui des Edits civils, celui du droit intermédiaire et celui du Code Napoléon⁷⁸.

Conscient de tous les inconvénients du régime de la clandestinité des droits réels du Code Napoléon, Bellot va œuvrer sans relâche à une véritable refonte du système des droits réels en vigueur. Cette vaste entreprise se réalisera en fait en trois temps.

⁷³ Cf. Pour un rappel des grandes lignes du régime du transfert de la propriété immobilière selon le Code Napoléon, voir l'excellent résumé d'A. FLAMMER, *op.cit.*, p.169.

⁷⁴ Sur la fonction de la publicité foncière selon le Code Napoléon, cf. les exposés d'A. FLAMMER, *op.cit.,loc.cit.* et d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp. 254-257.

⁷⁵ Cf. Code Napoléon, art. 2106, 2121, 2122 et 2135. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.169-170, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp. 257-259.

⁷⁶ Cf. Code Napoléon, art. 2121, al. 1.

⁷⁷ Cf. Code Napoléon, art. 2121, al. 2.

⁷⁸ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.170, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.246-253, pp.261-263 et 273-279.

1. En un premier temps, entre 1816 et 1820, ce sera l'obligation de la transcription des actes translatifs de la propriété immobilière comme des actes de partage et autres actes de déclaratifs de propriété. Tel sera l'objet de la *Loi sur les droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque* du 16 juin 1816⁷⁹ et de la *Loi sur la publicité des divers droits immobiliers* du 29 juin 1820⁸⁰.
2. Ce sera ensuite, en un deuxième temps, le grand œuvre de Bellot: le *projet de loi sur les droits réels* du 21 décembre 1827, qui proposera en 430 articles la refonte intégrale du régime des droits réels du Code Napoléon⁸¹.

Elaboré avec la collaboration de Pellegrino Rossi (1787-1848) et de l'ancien Syndic Pierre Girod (1776-1844), ce projet, visiblement inspiré par le système germanique, tendait à instaurer la publicité intégrale des droits réels comme celle des registres des droits réels. "Aucun droit réel sur des immeubles situés dans le Canton ne sera considéré comme tel", stipulait son premier article, "s'il n'est rendu public dans les formes prescrites par la loi". "La publicité", poursuivait le second article, "s'acquiert par l'inscription dans les registres du Bureau des droits réels"⁸².

Il n'en allait pas seulement ainsi, bien évidemment, du premier des droits réels, le *droit de propriété*, mais également de tous les *droits réels limités*, usufruit, servitudes – continues ou discontinues –, apparentes ou non apparentes, comme enfin des hypothèques. A cet égard aussi, le projet innovait par rapport au Code Napoléon, mais aussi par rapport aux Edits civils, en soumettant hypothèques légales et hypothèques conventionnelles au double principe de la *publicité* et de la *spécialité*⁸³. En fait, beaucoup trop ambitieux et se heurtant à trop de résistance, ce vaste projet de réforme des droits réels ne sera finalement pas adopté⁸⁴, mais il ne restera pas sans conséquence.

⁷⁹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. II, 1816, pp.228-282. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.171.

⁸⁰ Cf. *Rec.cit.*, t. VI, 1820, pp.194-201. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.172-173.

⁸¹ Cf. outre A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.174-179, et les brefs résumés d'A. MARTIN, *op.cit.*, pp.887, et de J.F. POUDRET, *op.cit.*, p.45, les développements détaillés d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.261-274, et surtout l'imposant chapitre 8, pp.275-311.

⁸² Cf. *Projet de loi relative à l'acquisition, à la conservation et à la publicité des droits réels*, RCE, 1827, II, ff. 230-231, art. 1 et 2. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.175, A. MARTIN, *op.cit.*, p.887, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.287.

⁸³ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.175, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.285-287.

⁸⁴ A propos de l'échec du projet voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.176, A.MARTIN, *op.cit.*, pp. 887-888, et les développements d'A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.294-304.

3. C'est ainsi qu'en un troisième temps les principaux chapitres de l'ambitieux projet d'ensemble de Bellot de décembre de 1827 seront en fait adoptés par tranches successives entre 1830 et 1868.
 - 3.1. Ce sera, d'abord sous l'égide de Bellot lui-même, la *Loi sur les effets de la transcription et sur la nature des actes à admettre à cette formalité* du 28 juin 1830, qui imposera la *forme authentique* aux actes de transfert de la propriété immobilière et qui subordonnera leur opposabilité aux tiers à leur transcription au Bureau des hypothèques⁸⁵.
 - 3.2. Ce sera ensuite, après la mort de Bellot, la *Loi sur le cadastre* du 2 février 1841, qui prescrira l'établissement d'un cadastre de toutes les propriétés foncières du Canton, c'est-à-dire d'une "description fidèle et continuellement mise à jour de la situation et des limites de toutes les propriétés foncières"⁸⁶.
 - 3.3. Ce sera, enfin et surtout, la révision du Régime hypothécaire du Code Napoléon, d'une part, par la *Loi abrogeant l'hypothèque judiciaire* du 6 janvier 1851, qui supprimera purement et simplement l'hypothèque judiciaire caractérisée par sa généralité⁸⁷, d'autre part et principalement, par la *Loi sur l'hypothèque légale* du 12 septembre 1868, qui imposera aux hypothèques légales les principes de la *publicité* et de la *spécialité*⁸⁸.

Cela signifiera concrètement, d'abord, que toutes les hypothèques légales seront soumises au principe de l'inscription, ensuite, que cette inscription sera spéciale, c'est-à-dire qu'elle sera prise pour une somme, contre une personne et sur des immeubles déterminés.

C'est ainsi que la vaste entreprise de refonte du régime des droits réels du Code Napoléon projetée par P.F. Bellot s'opérera par voie graduelle, sans altérer l'ordonnance générale du Code.

⁸⁵ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XVI, 1830, pp.55-57. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.173-174, A. MARTIN, *op.cit.*, p.888, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.267-270.

⁸⁶ Cf. *Rec.cit.*, t. XXVII, 1841, pp.23-52. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.179-196, notamment pp.182-185, A. MARTIN, *op.cit.*, p.888, et A. ZOGMAL, *op.cit.*, pp.305-306.

⁸⁷ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. XXXVII, 1851, pp.7-9, et Code Napoléon, art. 2123. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, p.201, et A. MARTIN, *op.cit.*, p.889.

⁸⁸ Cf. *Rec.cit.*, t. LXIV, 1868, pp.245-252. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.203-211, et A. MARTIN, *op.cit.*, p.889.

3. Le troisième ordre de modifications majeures apportées par le législateur genevois au Code Napoléon, toujours dans le cadre même du Code, affectera le domaine du *droit des successions*.

A cet égard, si, en matière de *droits réels*, comme nous venons de le voir, ce sont des déficiences du système adopté par le Code Napoléon qui motiveront l'intervention du législateur genevois, en matière *successorale* c'est une exigence de *justice* qui est à l'origine de l'importante réforme opérée en 1874 par la *Loi concernant les droits successoraux de l'enfant naturel et du conjoint, la succession de l'enfant naturel et le degré de successibilité* du 5 septembre 1874.⁸⁹

Cette réforme des dispositions successorales du Titre premier du Livre III du Code Napoléon ne touchera donc en fait que les droits successoraux de *l'enfant naturel* et du *conjoint survivant*.

Pour réaliser toute la portée de la loi du 5 septembre 1874 concernant d'abord *l'enfant naturel*, il faut avoir en tête l'esprit du Code Napoléon et de ses principaux inspirateurs – de Napoléon Bonaparte (1769-1821) à Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) – en matière familiale. On sait en particulier quelle est à leurs yeux l'importance du *mariage* dans son sens authentique, hérité des Romains – *matrimonium de matris munus* –, c'est-à-dire d'institution à fonction reproductrice, destinée à perpétuer la société civile. C'est le lieu de rappeler les propos de Portalis dans son *Discours préliminaire du projet de Code Civil*:

"Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité [...]. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques; et *c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande*; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font de bons citoyens. Or il appartient essentiellement aux institutions civiles, de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature".⁹⁰

S'il "appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature", rien d'étonnant alors à ce que l'enfant né hors mariage, fruit d'amours désordonnées, et surtout l'enfant adultérin ou incestueux, né d'amours déshonnêtes et coupables, soient dépourvus de toute protection dans l'ordre successoral.

⁸⁹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, pp. 371-379.

⁹⁰ Cf. J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code civil*, in LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*. t. 1^{er}, Paris, 1827, pp.315-316.

C'est ainsi que le Code Napoléon refuse formellement en son art. 756 la qualification d'héritier aux enfants naturels⁹¹. Pratiquement cependant, le Code les admet à la succession en "l'absence de parents au degré successible", c'est-à-dire au douzième degré⁹². Dans les autres cas, en présence d'héritiers proches, tout ce que le Code Napoléon accorde aux enfants naturels – et ceci pour autant qu'ils aient été reconnus (et l'on sait qu'au surplus le Code Napoléon interdit toute action en recherche de paternité⁹³) – tient alors dans un droit de créance sur les biens de leur père et mère, droit dont la quotité variera selon le degré de proximité des héritiers appelés à la succession⁹⁴. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, le Code Napoléon ne leur accorde que des aliments⁹⁵ – et encore pour autant qu'ils n'en aient pas déjà reçu de leur père ou mère ou acquis grâce à eux une formation dans un art mécanique⁹⁶. Il faut encore ajouter à cela qu'enfants naturels et adultérins ou incestueux, d'une part, ne se voyaient naturellement pas reconnaître de réserve, et surtout, d'autre part, qu'ils ne pouvaient rien recevoir à titre de donation ou par testament au-delà de leur part éventuelle *ab intestat*⁹⁷.

Pareillement, traité au chapitre dit *Des successions irrégulières* après les *enfants naturels*, le *conjoint survivant* apparaît également comme un successeur irrégulier⁹⁸. Cela signifie concrètement qu'il n'est appelé à la succession de son conjoint défunt qu'à défaut de parents au degré successible,

⁹¹ Cf. art. 756: "Les enfants naturels ne sont point héritiers".

⁹² Cf. L. III, t. I^{er}, chap. IV: *Des successions irrégulières*, art. 758: "L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père et mère ne laissent pas de parents au degré successible"; cf. art. 755: "Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent pas".

⁹³ Cf. art. 340: "La recherche de la paternité est interdite".

⁹⁴ Cf. art. 757: "Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés est réglé ainsi qu'il suit: si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère (*sic*) ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts, lorsque les père ou mère (*sic*) ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs".

⁹⁵ Cf. art. 762: "Les dispositions des art. 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments".

⁹⁶ Cf. art. 764: "Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront (*sic*) fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession".

⁹⁷ Cf. art. 908: "Les enfants naturels ne pourront, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions".

⁹⁸ Cf. L. III, t. I^{er}, chap. IV: *Des successions irrégulières*, sect. II: *Des droits du conjoint survivant et de l'Etat*, art. 767-773.

c'est-à-dire de parents jusqu'au douzième degré, ou d'enfants naturels⁹⁹. L'idée inspiratrice de ce traitement singulier tient à nouveau dans une conception particulière, quasi coutumière, de la famille, bien exprimée par un des principaux jurisconsultes de l'époque, Joseph-Jérôme Siméon (1749-1842): "Le conjoint survivant, quelque étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère"¹⁰⁰.

Face alors à l'*injustice* – que nous trouvons aujourd'hui criante – de ces dispositions successorales du Code Napoléon concernant surtout la succession des enfants naturels, mais aussi celle du conjoint survivant, il apparaît tout naturel que le législateur genevois soit intervenu pour abroger ces divers articles du Code Napoléon et les remplacer par des dispositions nouvelles, plus conformes à l'éthique chrétienne de la République protestante. Partant effectivement du principe que l'enfant est innocent du fait de sa naissance et que l'on ne saurait faire retomber sur lui la faute de ses parents, la loi genevoise du 4 septembre 1874 va d'abord formellement "déférer les successions aux enfants *légitimes et naturels* du défunt", modifiant ainsi par simple adjonction d'adjectifs l'art. 731 du Code Napoléon, sans plus différencier enfants adultérins, incestueux et naturels¹⁰¹. La loi genevoise va ensuite tout aussi formellement déférer les successions au conjoint survivant à la suite des ascendants immédiats du défunt et de leurs descendants, modifiant en conséquence l'article 767 du Code Napoléon¹⁰².

Quant aux parts et droits dévolus à ces nouvelles catégories d'héritiers par rapport à ceux du Code Napoléon, s'agissant tout d'abord des *enfants naturels*, d'un côté, la loi genevoise du 4 septembre 1874 leur attribue la qualité d'héritier et d'héritier réservataire¹⁰³ et elle leur reconnaît à ce titre dans la succession de leurs père et mère une part variant quant à sa quotité selon la qualité et le rang des autres héritiers¹⁰⁴. D'un autre côté et surtout, dans la

⁹⁹ Cf. art. 767: "Lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible, ni enfans naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit"; art. 768: "A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat".

¹⁰⁰ Cité par J.L. HALPÉRIN, *op.cit.*, p.51.

¹⁰¹ Cf. *Recueil authentique des lois* ..., t. LX, 1874, art. 731 et 756ss (nouveaux) pp.371-375 et 378-379. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.231-233 et 236-237.

¹⁰² Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 767 et 1094, pp.375-376 et 378-379.

¹⁰³ Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 731, 913 et 915 (nouveaux), pp.372, 377-378. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.236-237.

¹⁰⁴ Cf. *Rec.cit.*, *op.cit.*, art. 767 (nouveau), pp.375-376. Selon cet article, cette part est ainsi réduite de moitié en concours avec les frères et sœurs légitimes pour marquer tout de même la prééminence toujours reconnue à l'institution du mariage. Elle est réduite d'un quart en concours avec les père et mère du défunt. Enfin, elle équivaut à la totalité

ligne des anciens Edits civils, qui, tout en refusant aussi la qualité d'héritiers aux enfants illégitimes, ne leur en reconnaissent pas moins la capacité de recevoir par testament ou par donation de leurs père et mère une part allant du huitième à la moitié des biens de ces derniers selon qu'il y avait ou non des descendants¹⁰⁵, la loi genevoise du 4 septembre 1874 consacre la pleine capacité des enfants naturels de recevoir par testament ou par donation au-delà de leur part légale¹⁰⁶ dans le respect de la réserve des autres héritiers réservataires.

S'agissant par ailleurs du *conjoint survivant*, le législateur genevois de 1874 lui reconnaît donc la qualité d'héritier, mais non celle d'héritier réservataire¹⁰⁷. En tant qu'héritier il lui attribue une part dont la nature juridique – usufruit ou propriété – et la quotité varient aussi selon la qualité et le rang des autres héritiers¹⁰⁸. Enfin, il a le droit de recevoir, par contrat de mariage ou pendant le mariage par donation ou par testament, toute la partie non réservée par la loi aux descendants et aux ascendants¹⁰⁹.

Ultime autre réforme d'importance de la loi du 5 février 1874, c'est la réduction du degré de successibilité. Alors que le Code Napoléon appelait à la succession les parents jusqu'au douzième degré¹¹⁰, le législateur genevois stipule que désormais les parents ne succèdent plus au-delà du huitième degré, c'est-à-dire au-delà des arrière-petits-cousins¹¹¹. Cela signifie concrètement qu'au-delà de parents à ce degré, c'est l'époux survivant ou, à son défaut, l'Etat qui recueille la totalité de la succession.

de la succession en l'absence de descendants ou de père et mère du défunt. Voir A. FLAMMER, *op.cit., loc.cit.*

¹⁰⁵ Cf. *Edits civils*, Genève, 1783, t. XXX: *Des successions ab intestat*, art. IV.

¹⁰⁶ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, art. 913 et 915 (nouveaux), pp. 377. Voir A. FLAMMER, *op.cit., loc.cit.*

¹⁰⁷ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 731 (nouveau), p.372. Voir A. FLAMMER, *op.cit., loc.cit.*

¹⁰⁸ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 767 (nouveau), pp.375-376. Ainsi, en présence d'enfants légitimes, le conjoint survivant n'a droit qu'à la jouissance de la moitié des biens du défunt. En présence d'enfants naturels d'avant mariage, de père ou mère ou de leurs descendants, le conjoint survivant a droit au quart de la succession en pleine propriété. Il a droit à la moitié de la succession en présence d'autres ascendants ou collatéraux. Enfin, il a droit à la totalité de la succession à défaut de parents au degré successible. Voir A. FLAMMER, *ibid.*

¹⁰⁹ Cf. *Rec.cit., t.cit.*, art. 1094 (nouveau), pp.378-379. Voir A. FLAMMER, *op.cit.*, pp.239-239.

¹¹⁰ Cf. art. 755, *cit. supra*, n.92.

¹¹¹ Cf. *Recueil authentique des lois ...*, t. LX, 1874, art. 755 (nouveau), p.372: "Les parens au-delà du huitième degré ne succèdent pas. A défaut de parens au degré successible dans une ligne, les parens de l'autre ligne succèdent pour le tout".

Pour être complet sur ce chapitre successoral, il faudrait relever que près de vingt ans plus tôt, en 1856, le législateur genevois, suivant l'exemple du législateur français, avait pour d'analogues raisons de justice abrogé d'autres dispositions léonines du Code Napoléon. Il s'agit de celles relatives à la mort civile, qui frappaient toute une catégorie d'individus condamnés à certaines peines perpétuelles, même pour crime politique et par contumace¹¹². Considérant cette institution entraînant la dissolution du mariage et l'ouverture de la succession d'un condamné, voire même la dévolution à l'Etat par voie de déshérence de ses biens, comme profondément injuste, le législateur genevois, s'inspirant de la loi française du 31 mai 1854, décidera le 13 décembre 1856 d'abolir l'institution de la mort civile et la remplacera par des dispositions relatives à l'interdiction légale¹¹³ déjà prévues pour d'autres cas par le Code pénal de 1810.

III.

En évoquant ces différentes modifications substantielles du Code Napoléon qui caractérisent sa destinée au travers du XIX^{ème} siècle genevois, nous abordons la dernière question soulevée par sa survivance dans l'histoire juridique genevoise: c'est la question plus technique des modalités concrètes de sa survivance, qui, pour significative qu'elle soit, ne nous retiendra cependant pas longtemps.

Ainsi que nous avons pu le constater, que ce soit en matière de *droit matrimonial*, de *droits réels* ou de *droit des successions*, les dispositions ou les institutions du Code Napoléon sont rarement formellement *abrogées* ou *abolies*: elles sont, en fait, simplement et euphémiquement *modifiées*; le plus souvent le législateur se borne, en effet, à leur adjoindre des dispositions nouvelles qui les vident partiellement de leur substance. C'est ce qu'avait finement observé Alain Zogmal dans sa thèse précitée: "Au lieu de *modifier directement* la lettre du Code Napoléon, la technique législative genevoise sous la Restauration préfère *ajouter* des articles sans en retrancher. Le législateur agit par couches successives de sens"¹¹⁴.

¹¹² Cf. Art. 22: "Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné de toute participation au droit civil ci-après exprimés emporteront la mort civile". Voir art. 27 pour les condamnés par coutumace.

¹¹³ Cf. *Loi portant abolition de la mort civile* du 13 décembre 1856, *Recueil authentique des lois* ..., t. XLII, 1856, art. 1 et 2, pp.491-492.

¹¹⁴ Cf. A. ZOGMAL, *op.cit.*, p.198.

On en a quelques exemples, d'abord, avec la législation matrimoniale. Que ce soit la législation de 1816 restaurant l'obligation de la bénédiction nuptiale, celle de 1819 rétablissant la nécessité d'une autorisation pour la femme qui s'oblige pour son mari ou celle de 1824 enfin restaurant la réglementation canonique du mariage pour les catholiques des Communes cédées par le Traité de Turin, dans chaque cas la loi votée et promulguée par le législateur genevois vient s'insérer dans le corps des dispositions du Code Napoléon sans en abroger formellement aucune. L'importante loi du 20 mai 1816, qui remet en cause toute la laïcité du mariage, s'intitule euphémiquement: "Loi concernant quelques dérogations aux lois actuellement en vigueur sur le mariage"¹¹⁵. La loi-reculade du 24 janvier 1824, qui bat en brèche l'unité de législation du Canton et la laïcité du mariage dans les anciennes communes sardes, se présente comme une simple "Loi sur quelques modifications à la législation du mariage"¹¹⁶. Enfin, la loi rétablissant le régime des Edits civils en dérogation formelle à celui du Code Napoléon pour la femme qui s'oblige pour son mari se présente comme un complément de l'art. 217 du Code Napoléon et s'intitule sans autre référence "Loi sur l'autorisation nécessaire à la femme qui s'oblige pour son mari"¹¹⁷.

Il n'en va pas très différemment de l'ample révision du régime des droits réels qui s'opère elle aussi, nous venons de le voir, par simple adjonction ou par complément des lois sur la transcription des actes translatifs de la propriété foncière de 1816 et 1820 à la loi sur le cadastre de 1841 et jusqu'à la loi sur les hypothèques légales de 1868.

Il en va enfin de même, nous y avons fait allusion, de manière encore plus caractéristique, de l'importante réforme en matière successorale au bénéfice de l'enfant naturel et du conjoint survivant. Plutôt que d'opposer de nouvelles règles aux dispositions discriminatoires en la matière du Code Napoléon, la loi genevoise du 4 septembre 1874 procède par voie d'adjonction. Le législateur genevois insère ainsi à l'art. 731 du Code Napoléon par voie adjectivale au nombre des successibles nommés "enfants" la spécificité "légitimes et naturels"¹¹⁸. Et il ajoute pareillement, après la mention des "descendants du défunt" et de "ses ascendants", celle de "l'époux survivant"¹¹⁹. Il n'y a guère que pour la mort civile ou pour l'hypothèque

¹¹⁵ Cf. *Recueil authentique des lois* ..., t. II, 1816, p.211.

¹¹⁶ Cf. *Rec.cit.*, t. X, 1824, p.10.

¹¹⁷ Cf. *Rec.cit.*, t. V, 1819, p.9. Voir à ce sujet les pertinentes remarques d'A. ZOGMAL, *op.cit.,loc.cit.*

¹¹⁸ Cf. *Rec.cit.*, t. LX, 1874, art. 731, p.372.

¹¹⁹ *Ibid.*

judiciaire que le législateur genevois procède explicitement par abolition - ainsi la loi du 13 décembre 1856 portant formellement *abolition* de la mort civile¹²⁰ - ou par abrogation formelle - ainsi la loi du 6 janvier 1851 *abrogeant* l'hypothèque judiciaire¹²¹.

Conclusion

Au vu des profondes modifications apportées par le législateur genevois au Code Napoléon tout au long du XIX^{ème} siècle, on ne peut s'empêcher de se demander pourquoi ce Code a été formellement conservé à Genève, de préférence à l'élaboration d'une nouvelle codification civile cantonale à l'instar de ce qui s'est fait à la même époque dans les Cantons de Vaud et de Fribourg, voire plus tard dans ceux de Neuchâtel et du Valais. A cette question relative à la survivance du Code Napoléon à Genève il y a plusieurs réponses. Il nous semble à cet égard, si nous laissons de côté l'explication socio-économique, qui est hors de notre compétence, qu'il y a principalement trois ordres de raisons à ce maintien du Code Napoléon à Genève; elles nous apparaissent de nature *politique*, *juridique* et *historico-juridique*.

1. Le premier ordre de raisons à la survivance du Code Napoléon à Genève apparaît de nature *politique*. Il implique lui-même trois aspects qui ont été bien vus par les contemporains ou leurs successeurs immédiats.

Premier ordre de raisons de nature *politique*, c'est, schématiquement formulé, d'une part, qu'une période de bouleversement politique, comme l'est le début de la Restauration à Genève, n'est pas favorable à l'élaboration d'une nouvelle codification. C'est ce dont Bellot se fait explicitement l'écho au seuil de l'*Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile* de 1819:

"Genève était rendu à son indépendance. Les institutions françaises, qui lui avaient été imposées dès 1798, allaient être remplacées par des institutions nationales. Mais ces institutions ne s'improvisent point, et les premiers moments d'une restauration ne sont pas favorables à cette méditation calme qui doit présider au travail des lois civiles et criminelles"¹²².

1.2. C'est, d'autre part, qu'une période de profonde mutation socio-politique, culturelle et religieuse, comme l'est la phase de nouvelle constitution territoriale du Canton entre 1814 et 1816, exclut le retour aux anciens

¹²⁰ Cf. *Rec.cit.*, t. XLII, 1856, p.491.

¹²¹ Cf. *Rec.cit.*, t. XXXVII, 1851, p.7.

¹²² Cf. P.F. BELLOT, *Loi sur la procédure civile, Exposé des motifs*, éd. Chs. Schaub - P. Odier - E. Mallet, Genève 1837, p.1.

Edits Civils de la République calviniste. C'est ce qu'exposera A. Flammer quelques décennies plus tard avec beaucoup de lucidité:

"Genève, en effet, agrandie dans son territoire des communes avoisinantes nécessaires à son désenclavement et à sa réunion effective à la Confédération suisse, ne pouvait songer à soumettre ces territoires nouveaux à des lois qu'ils n'avaient jamais connues, et dont ils n'auraient peut-être accepté le joug qu'avec une certaine répugnance, à cause de leur origine protestante"¹²³.

1.3. C'est enfin que le Code Napoléon, comme ses censeurs de l'Ecole du droit historique ne s'y sont pas trompés, était riche de tous les acquis politiques de la Révolution française, sur lesquels il était difficile de revenir, de l'état-civil laïc à l'égalité civile et de la liberté des individus à celle des contrats et des propriétés¹²⁴. Ce n'est pas sans raison à cet égard que Napoléon pourra proclamer à Sainte-Hélène: "J'ai semé la liberté à pleines mains partout où j'ai implanté *mon* Code civil"¹²⁵.

2. Il est cependant un deuxième ordre de raisons plus techniques au maintien du Code Napoléon à Genève à la Restauration et il apparaît de nature *juridique*. Il implique lui-même deux aspects.

2.1. C'est, d'une part, l'incontestable supériorité technique du Code Napoléon par sa synthèse de l'Ancien Droit et des idées nouvelles, par son unité et par sa systématique, mais aussi par sa stylistique, au point de tenir bientôt lieu de Bréviaire à Stendhal. C'est ce dont P.F. Bellot convient dès 1819 dans le texte précité:

"Si les Codes français avaient contre eux la nouveauté de leurs dispositions, et plus encore le souvenir de la domination étrangère à laquelle nous les devons, l'impartialité ne permettait pas de méconnaître tout le mérite de quelques-unes de leurs parties. Le Code civil, surtout, se recommandant à nous par l'esprit d'équité dont il était généralement empreint, et par l'art avec lequel ses habiles rédacteurs avaient su adapter aux maximes de l'ancien droit d'heureuses, d'importantes innovations"¹²⁶.

Mais c'est aussi l'apport de toute la doctrine française qui entre en ligne de compte, comme le dira A. Flammer à propos de l'échec du grand projet de révision des droits réels:

¹²³ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.52.

¹²⁴ Cf. J. CARBONNIER, *op.cit.*, pp.1335 et 1339; dans le même sens, voir J.L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, *op.cit.*, pp.107-108.

¹²⁵ Cité sans référence par J. CARBONNIER, *op.cit.*, p.1337. *Ibid*: "Pourquoi *mon* Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen?". Voir pour ce propos LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, éd. Pléiade, Paris, 1963, ch. XI, p.345.

¹²⁶ Cf. P.F. BELLOT, *op.cit.*, *loc.cit.*

"L'intérêt des légistes était d'ailleurs de conserver une législation qui leur permettait de profiter des travaux juridiques d'un grand pays voisin"¹²⁷.

2.2. Le deuxième aspect de cet ordre de raisons proprement *juridiques* au maintien du Code Napoléon à Genève, c'est, d'autre part et comparativement, non seulement l'impraticabilité des Anciens Edits Civils, mais aussi l'interruption de leur application à Genève depuis plusieurs lustres comme de la jurisprudence d'usage et de la tradition supplétive du droit romain. C'est ce que Bellot mettra clairement en évidence toujours en 1819:

"Si ces Edits civils s'offraient à notre souvenir comme une loi nationale éprouvée par près de deux siècles et demi [...], sur nombre de points, ils étaient imparfaits ou devenus inexécutables; [...] sur un plus grand nombre, ils gardaient un silence absolu, auquel il n'était suppléé que par une jurisprudence d'usage ou par le droit romain. Mais, d'une part, la tradition de cette jurisprudence d'usage avait été sinon perdue, du moins extrêmement affaiblie par une interruption de plus de vingt ans, et, d'autre part, ce corps du droit romain, mine si abondante de richesses comme doctrine, s'offrait, comme code, comme loi en vigueur, avec tous les inconvénients attachés à une langue étrangère et savante"¹²⁸.

3. Le troisième ordre de raisons à la survivance du Code Napoléon à Genève nous apparaît enfin de nature *historico-juridique*. Il tient aux profondes affinités existant entre l'évolution de l'Ancien Droit genevois et celle de l'Ancien Droit français. Ces affinités en droit civil – rôle privilégié du droit romain parallèlement à la persistance du droit coutumier et marginalisation du droit canonique – relativisent singulièrement le caractère de législation *étrangère* prêté au Code Napoléon. Aussi nous paraît-il qu'il faut s'inscrire en faux contre l'affirmation d'Alfred Martin voici près d'un siècle expliquant le maintien du Code Napoléon à Genève par sa seule supériorité *technique* et qui concluait son étude sur la Commission des Edits civils par ces termes:

"Contrairement aux théories de l'école historique, un code importé de l'étranger a prévalu sur une loi nationale et le droit écrit l'a emporté sur un droit en partie non écrit"¹²⁹.

Plutôt que d'illustrer à Genève la prévalence d'une législation totalement étrangère sur une loi nationale, il se pourrait bien au contraire que le maintien du Code Napoléon à Genève marque en fait le couronnement d'un processus de réception, voire d'assimilation du droit français amorcé plusieurs siècles auparavant. C'est ce qu'avait entrevu A. Flammer en 1875 déjà:

¹²⁷ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.58.

¹²⁸ Cf. P.F. BELLOT, *op.cit.,loc.cit.*

¹²⁹ Cf. A. MARTIN, *Une Commission des Edits civils, op.cit.*, pp.27-28.

"Nous avons constaté (...) les analogies frappantes que l'élimination du droit canonique et du droit féodal avait produites dans ces deux législations [française et genevoise] si différentes d'origine, à tel point que le Code civil s'est trouvé être, à ce point de vue, en quelque sorte le développement, le complément de nos anciens Edits"¹³⁰.

Dans cette optique - que pourrait bien corroborer une étude attentive des liens entre les dispositions de droit commercial des Edits civils et le Code de commerce de 1807 – le maintien du Code Napoléon à Genève au XIX^{ème} siècle, loin d'infirmar les thèses de l'Ecole historique de Savigny sur l'enracinement indigène du droit, viendrait plutôt les confirmer à raison de la double empreinte des traditions romaine et coutumière du Vieux Droit genevois, traditions dont le Code Napoléon réalise, nous l'avons souligné, une des premières synthèses dans l'histoire du droit privé européen. A moins que ce maintien du Droit français à Genève, avec le Code Napoléon comme avec le Code de commerce, n'illustre une autre thèse de l'Ecole du droit historique: celle qui se rapporte aux conditions de la Réception du Droit romain, "toute réception d'un Droit représentant, comme on a l'écrit, une transplantation et un enracinement d'un patrimoine de pensée juridique ... C'est-à-dire d'un ensemble de conceptions, d'idées, d'idéaux et de pensée de nature juridique ... On n'importe, en d'autre termes ni un Droit étranger, ni des Codes étrangers, mais un patrimoine culturel"¹³¹.

¹³⁰ Cf. A. FLAMMER, *op.cit.*, p.292.

¹³¹ Cf. E.E. HIRSCH, "Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess", in *Festgabe für Friedrich Bülow*, 1960, p.122.

Victor Monnier

Des *Edits civils* de 1568 aux législations françaises du début du XIX^e siècle

Les Codes français à Genève, un droit étranger imposé?

Au cours de différents travaux sur le droit genevois sous l'ancien régime¹, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle le maintien à Genève après la Restauration de la législation française du Consulat et de l'Empire est bien moins étrangère à cette cité que ce que l'on a pu lire à ce sujet jusqu'à nos jours. Ceci peut s'expliquer par la place du droit français dans le droit genevois de l'ancien régime ainsi que par les principes juridiques que l'on retrouve de part et d'autre de la frontière au XVIII^e siècle. Notre présentation, sorte de généalogie législative, devrait pour acquérir une valeur scientifique faire l'objet d'une recherche systématique qui reste encore à entreprendre.

En guise de préambule, rappelons, dans les grandes lignes, l'évolution de la législation civile de la cité protestante du XVI^e jusqu'au début du XIX^e siècle, en gardant à l'esprit que Genève se situe au bout d'une ligne de partage partant de la Rochelle, et qui divise la France en pays de coutumes, au Nord, et pays de droit écrit, au Sud.

I. Des *Edits civils* de 1568² au début du XIX^e siècle

Rappelons qu'avant la rédaction des *Edits civils*, les principales sources du droit privé genevois sont les *Franchises* de 1387, le droit coutumier indigène,

¹ Il s'agit d'un séminaire d'histoire du droit privé dispensé avec le professeur Bénédicte Winiger durant l'année académique 2003-2004 sur: *Le droit commun du XVIII^e siècle à la lumière des Edits civils de la République de Genève* et d'une contribution: «Les Edits civils de la République de Genève (1568) et leur commentaire par Jean Cramer (1701-1773)» in *Méditerranées*. Revue de l'association Méditerranées. Publié par le Centre d'Etudes Internationales sur la Romanité et avec le concours de la Faculté de Droit de La Rochelle. Paris, L'Harmattan, n°37, 2004, pp. 209-236, ainsi qu'une communication, présentée dans le cadre d'une séance consacrée au bicentenaire du Code civil français, le 18 novembre 2004, à la Société d'histoire et d'archéologie de Genève.

² Les *Edits civils* de 1568 figurent in *Les sources du droit du Canton de Genève*. Publié par Emile Rivoire. Aarau, H. R. Sauerländer, 1933, vol. III, pp. 176-232.

les statuts et édits des autorités communales ainsi que le droit romain³. Ce sont les *Edits civils*, adoptés par le Conseil général le 29 janvier 1568, qui consacrent la refonte de l'ordre juridique genevois voulue par le réformateur Jean Calvin (1509-1564) et dont on peut affirmer qu'ils représentent l'essentiel du droit privé genevois. Leur réalisation est due principalement au juriste savant berrichon, Germain Colladon (1508-1594). Cet ami de Calvin, avait suivi l'enseignement des maîtres de l'école de l'humanisme juridique à Orléans et à Bourges. C'est dans cette dernière ville que, dès 1531, il donne des leçons de droit romain et, à partir de 1533, se met à exercer le métier d'avocat au Parlement. En raison de son ralliement à la foi protestante, il doit, en 1550, se réfugier à Genève dont il acquiert la bourgeoisie en 1555⁴. Dans le processus d'élaboration de ce «Corps de loix»⁵ que sont les *Edits civils* rédigés en français, Germain Colladon met à profit sa double formation de romaniste et de juriste coutumier. Il fait notamment usage de la rédaction des *Coutumes générales des pays et duché de Berry*. La compilation de ces coutumes, qu'il connaît particulièrement bien pour les avoir pratiquées à Bourges et qui de toutes les coutumes de France sont celles qui ont été le plus influencées par le droit romain⁶, est un exemple remarquable en raison de son

³ Pour un récent état de la question des origines du droit genevois voir Alfred Dufour: «La place du Vieux Droit genevois entre Droit romain et Droit coutumier. Un débat historique. Le sens des Franchises d'Adhémar Fabri» in *Méditerranées*, op. cit., n°37, 2004, pp. 181-186.

⁴ Dufour, Alfred, "Germain Colladon", in *Dictionnaire historique de la Suisse*. Bâle/Hauterive, Attinger; Schwabe, 2004, vol. 3, p. 373.

Dufour, Alfred, *Histoire de Genève*. Paris, Presses univ. de France, 3e éd. 2001, p. 50.
Kaden, Erich-Hans, *Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze*. Genève, Georg, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 41, 1974, pp. 25-27; 33-53; 100-101.

Peretti de la Rocca, Emmanuel de, *De l'influence des Coutumes de Berry sur la législation de Genève au XVI^e siècle*. Thèse manuscrite de l'Ecole des chartes. Paris, 1893, copie déposée à la Bibliothèque publique et universitaire de Genève (Ms. Fr. 1084), p. 7.

⁵ Cramer, Jean, «Recherches historiques sur les loix de Genève, et sur Ceux qui y ont administré la Justice, pour servir d'Introduction au Commentaire sur les Edits Civils de 1713» in PARTSCH, Gottfried "Jean Cramer et son précis de l'histoire du droit genevois" in *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, t. XIII, 1964, p. 65.

⁶ Roth-Lochner, Barbara, *Messieurs de la Justice et leur greffe. Aspects de la législation, de l'administration de la justice civile genevoise et du monde de la pratique sous l'Ancien Régime* in Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, tome LIV. Préf. de Jacques Droin. Genève/Paris, Société d'histoire et d'archéologie, Droz [diff.], Champion [diff.], 1992, p. 38.

«... utilisation équilibrée du droit coutumier et du droit romain»⁷. Toutefois, Germain Colladon se garde bien d'implanter ces coutumes du Berry telles quelles sur sol genevois, préférant les utiliser comme canevas et comme modèle⁸. Le recours à celles-ci n'est, de la sorte point systématique; d'une part parce que le droit en vigueur à Genève est dans certains domaines bien plus complet que celui du Berry, d'autre part parce que les besoins de la société genevoise ne correspondent pas à ceux de la société berrichonne. Procédant toujours avec prudence dans l'utilisation qu'il fait des Coutumes du Berry, il n'a de cesse de confronter ces dispositions à celles du droit en vigueur à Genève: les *Franchises*, les statuts des autorités de la Cité, le droit coutumier et le droit romain. Les *Edits civils*, résultat de ce labeur, se présentent de la sorte comme une harmonieuse synthèse entre ces divers droits⁹.

Au cours des XVI^e et XVII^e siècles, le législateur genevois complète les *Edits civils* en comblant leurs différentes lacunes¹⁰. Il faut attendre le mois de mai 1707¹¹ pour que l'essentiel de la législation genevoise, comprenant notamment les *Edits civils*, soit pour la première fois imprimé et distribué aux bourgeois et citoyens¹². Quelques années plus tard, le 5 octobre 1713¹³, le Conseil général approuve la refonte complète des *Edits civils*, rendue indispensable pour clarifier les nombreuses obscurités que la publication de ce texte, datant du XVI^e siècle, vient de révéler¹⁴. Par la suite, au cours du XVIII^e siècle, la législation privée genevoise demeure pour ainsi dire

⁷ Vendrand-Voyer, Jacqueline, "Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry" in *Annales de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I*, fasc. 18, 1981, p. 366.

⁸ Flammer, Antoine, *Le droit civil de Genève, ses principes et son histoire*. Genève, Collection du bulletin de l'Institut national genevois, t. 20, 1875, p. 13.

⁹ *Ibid.*

Kaden, *Le jurisconsulte Germain Colladon, op. cit.*, pp. 117-118.

Dufour, "Germain Colladon", *op. cit.* p. 1.

¹⁰ Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe, op. cit.*, p. 39.

¹¹ *Edits de la République de Genève*. Genève, chez la Société des Libraires, 1707, 174 p.

¹² Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe, op. cit.*, pp. 39-40.

Roth-Lochner, *De la branche à l'étude. Une histoire institutionnelle, professionnelle et sociale du notariat genevois sous l'Ancien Régime* in *Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, tome LVIII. Genève, Société d'histoire et d'archéologie de Genève, 1997, p. 39.

Flammer, *Le droit civil de Genève, op. cit.*, pp. 34-35.

¹³ *Edits civils de la République de Genève*. Genève, chez la Société des libraires, 1714, 136p.

¹⁴ Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe, op. cit.*, pp. 40-42.

Flammer, *Le droit civil de Genève, op. cit.*, pp. 35-37.

inchangée. Durant la période révolutionnaire (1789-1798), Genève conserve ses *Edits civils*. La République protestante annexée à la Grande nation en 1798 les maintiendra jusqu'à l'entrée en vigueur des législations françaises, au début du XIX^e siècle. La Genève française appliquera dans les domaines relevant de notre communication le code civil des Français promulgué le 31 mars 1804 qui deviendra en 1807 le Code Napoléon, ainsi que le Code de Commerce de 1807 entré en vigueur dès le 1^{er} janvier 1808¹⁵. Soulignons ici la remarquable longévité des *Edits civils* qui de 1568 ont traversé plus de trois siècles¹⁶.

II. Jean Cramer et le Commentaire sur les Edits civils de 1713

Pour nous guider dans les méandres de la législation genevoise sous l'ancien régime, prenons comme cicérone un personnage bien connu des historiens spécialistes du XVIII^e siècle à Genève: Jean Cramer (1701-1773). En effet, cet éminent jurisconsulte, nous permet de mieux connaître les origines de quelques dispositions des *Edits civils* et ainsi d'apprécier l'influence française dans le droit privé de la parvulissime République.

Jean Cramer est né à Genève en 1701. Après des études au Collège et à l'université de Bâle, il obtient en 1721, le titre de docteur en droit. Dès 1723, Jean Cramer et Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748) sont nommés professeurs de droit à l'Académie de Genève. Ils enseignent à tour de rôle le droit naturel et le droit civil, c'est-à-dire les *Pandectes*, les *Institutes* et les *Edits de Genève*. En 1728, Jean Cramer est nommé au Conseil des deux cents, mais dix ans plus tard, en 1738, au moment où il accède au Petit Conseil, il renonce à l'enseignement pour se consacrer pleinement aux charges publiques. De 1747 à 1770, il assumera notamment les fonctions de syndic et de premier syndic¹⁷. Toutefois, au cours de ces années de

¹⁵ Encyclopédie de Genève, *Les institutions*, op.cit., vol. 4, p. 142.

Flammer, *Le droit civil de Genève*, op. cit., pp. 44-51.

¹⁶ Dufour, *Histoire de Genève*, op. cit., pp. 50-51.

Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe*, op. cit., pp. 42-51.

Encyclopédie de Genève, *Les institutions*. Genève, Association de l'Encyclopédie de Genève, 1985, vol. 4, pp. 140-142.

Flammer, *Le droit civil de Genève*, op. cit., pp. 38-45.

¹⁷ Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe*, op. cit., pp. 19-20

Partsch, Gottfried, "Jean Cramer et son précis de l'histoire de droit genevois (1761)" in *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, t. XIII, 1964, pp. 15-19.

magistrature, Jean Cramer trouve le temps de rédiger un *Recueil de décisions et d'observations de jurisprudence, à l'usage des juges et des avocats de Genève*¹⁸, qu'il achève en 1758. Cet ouvrage de douze volumes est le prélude à son autre grande œuvre: le *Commentaire sur les Edits civils de 1713*¹⁹, œuvre non moins monumentale, comprenant quatorze volumes. C'est cette somme qui porte sur tous les articles contenus dans les *Edits civils* que nous allons utiliser pour notre démonstration en en extrayant quelques exemples significatifs.

III. L'émancipation par le mariage

Pour les besoins de notre démonstration, ouvrons les *Edits civils* de 1713 et prenons quelques dispositions dont nous avons suivi le parcours dans la législation napoléonienne.

L'émancipation par le mariage des enfants entre vingt et vingt-cinq ans, qui figure à l'article II du titre XIII des *Edits civils* de 1713²⁰, provient directement des *Edits civils* de 1568²¹. Si l'on interroge les *Franchises*, aucun article ne traite cette question, ni d'ailleurs celle de la puissance paternelle. Cette disposition est d'origine coutumière car à Rome et dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle est perpétuelle et ne saurait être abolie par le mariage²².

¹⁸ Ce manuscrit est conservé à la Bibliothèque publique et universitaire de Genève, Ms Cramer, 159-170.

¹⁹ *Ibid.*, ms Cramer, 145-158.

²⁰ Art. II, titre XIII: *Les enfants qui ont plus de vint ans, & sont mariés sont réputés émancipés par le mariage, & peuvent ester en jugement, agir, disposer, & contracter, comme s'ils étaient émancipés & majeurs, sauf quant à l'aliénation de leurs immeubles que lesdits mineurs mariés, ou émancipés, ne pourront vendre, sans autorité de curateur, soit père ou autre. Edits civils de 1713.*

²¹ Art. II, titre XIII: *Par mariage les enfans au dessus de vingt ans, sont reputtez emancipez et peuvent ester en jugement, agir, disposer et contracter comme emancipez et majeurs, sauf quant à l'alienation de leurs immeubles, laquelle ne peult estre faicte par lesdicts mineurs, mariez et emancipez, sans autorité du curateur, soit pere ou autre; et quant es autres contractz où ils seroient notablement deceuz, pourront s'aider du benefice de restitution en entier et rescision. Edits civils de 1568.*

²² Cramer, Jean, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome V, p. 153, Ms Cramer, 149.

Lepointe, Gabriel, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*. Paris, Editions Montchrestien, (1958), pp. 253-254.

Germain Colladon s'est-il inspiré de la rédaction de la Coutume du Berry? Peut-être car l'article II du titre XIII des coutumes berrichonnes prévoit que le mariage émancipe²³. N'allons pas croire cependant que Germain Colladon, à propos de cette disposition, innove en l'introduisant à Genève. Si l'émancipation par mariage apparaît dans les Edits, c'est que ce principe valable dans le Berry et dans une partie de la France, était également en vigueur à Genève mais sous forme de coutume²⁴. Voyons à présent comment a été traitée l'émancipation par le mariage dans le Code civil de 1804. «*Nous avons fait*, écrit Jean Portalis (1746-1807), l'un de ses rédacteurs, (...) *une transaction entre le droit écrit et les coutumes toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général*²⁵.» Ainsi ce Code des Français de 1804 abolit toutes les lois qui étaient auparavant en force, c'est-à-dire, les lois romaines, les coutumes, les ordonnances, etc.²⁶ Son article 476 énonce: «*Le mineur est émancipé de plein*

Bart, Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*. Paris, Montchrestien, 1998, p. 339.

Dard, Henri-Jean-Baptiste, *Code civil avec notes indicatives...ou conférence du code civil avec les lois anciennes*. Paris, Warrée, 3^e éd., 1827, p. 101.

- ²³ Article III, titre premier, note marginale: Le mariage & l'âge de vingt-cinq ans émancipent les enfans.

Les enfans mariez, bien qu'ils soient mineurs de vingt-cinq ans, & aussi les majeurs de vingt-cinq ans indifferemment sont reputez, par la Coutume du pays & Duché de Berry, absous & delivrez de la puissance paternelle, & peuvent ester en jugement & agir, disposer & contracter comme enfans vraiment emancipez par la coutume, & delivrez de la puissance paternelle

Article IV, titre premier, note marginale: L'émancipation n'ôte la restitution & ne donne faculté d'aliéner.

*Toutesfois s'ils sont mineurs de vingt-cinq ans, bien qu'ils soient delivrez de la puissance paternelle, ne pourront aliéner leurs biens immeubles sans auctorité de curateurs & decret de juge; & si en autres contracts estaient deceuz & circonvenus, par leur facilité, notablement, pourront demander restitution en entier. Coutumes générales des pays & duché de Berry... in Bourdot de Richebourg, Charles A., *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales & particulières de France et des Provinces...* Paris, Théodore le Gras, 1724, vol. III, p. 935.*

- ²⁴ Maleville, Jacques de, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat...* Paris, Garnery; Laporte, 1807, tome 1^{er}, p. 480.

Peretti de la Rocca, *De l'influence des Coutumes de Berry ...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

- ²⁵ Portalis [Jean], *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Bordeaux, Editions confluences, 1999, p. 28.

- ²⁶ Halpérin, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris, P. U. F., 2001, pp. 21-22.

Halpérin, Jean-Louis, *Le Code civil*. Paris, Dalloz, 1996, p. 24.

*droit par le mariage*²⁷.» Remarquons que la majorité qui, à Genève et dans le Berry était fixée à vingt-cinq ans sous l'ancien régime²⁸, passe à vingt-et-un ans dans le Code civil. Cependant, le Code civil de 1804 requiert, à son article 148, le consentement des parents en faisant une différence entre le garçon et la fille. Il est exigé pour le garçon qui n'a pas vingt-cinq ans révolus, alors que la fille peut s'en passer si elle a atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis. S'agissant du garçon, cette réglementation a pour conséquence, à Genève, de maintenir la pratique héritée du XVIII^e siècle. En revanche, elle présente un caractère novateur pour la fille qui n'a plus besoin d'attendre vingt-cinq ans pour convoler en justes noces sans l'approbation de ses parents. Notons encore à ce propos que la législation française de 1804 est plus restrictive que les *Edits civils* dans les facultés laissées au mineur émancipé notamment celle d'ester en justice; l'on y retrouve également la même limitation d'aliéner des immeubles à l'article 484 du Code civil, qui figurait à l'article II, titre XIII des Edits de 1713²⁹. De la sorte, la législation française de 1804 reprend le principe de l'émancipation par le mariage qui était appliqué dans les Pays de droit coutumier et à Genève sous l'ancien régime, en l'assortissant néanmoins de manière systématique d'un ensemble de conditions qui n'y figuraient pas.

IV. Le droit commercial genevois et la lettre de change

Une étude attentive des *Edits civils* de 1568, nous révèle qu'ils ne contenaient aucune disposition relative au droit commercial. La révocation de l'Edit de Nantes en 1685, aux dires de Jean Cramer, ayant obligé plusieurs protestants français à se réfugier à Genève, cette ville connut alors un essor commercial important. Et c'est cet essor qui conduisit ses autorités à prendre des mesures dans ce domaine, notamment, le 6 septembre 1698, l'adoption par le Conseil

²⁷ Lors de l'élaboration du Code civil, ce principe est admis et n'est point remis en question. *Recueil des lois composant le Code civil...* Paris, Moreaux, 1803, vol. 2, p. 246, n° 12.

²⁸ Art. III, titre premier des *Coutumes générales des pays et duché de Berry*.

Art. 1er, titre XIII des *Edits civils de 1713*.

Ourliac, Paul; Gazzaniga, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*. Paris, Albin Michel, 1985, pp. 276-277.

Flammer, *Le droit civil de Genève, op. cit.*, p. 36.

²⁹ Locré, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon...* Paris, Imprimerie impériale, 1808, vol. VI, p. 384.

des deux cents du règlement sur le commerce³⁰. Or, cette réglementation est établie sur le modèle de l'Ordonnance du Commerce de Colbert (1619-1683)³¹, adoptée en mars 1673, sous le règne du roi de France Louis XIV (1638-1715). Elle sera introduite dans les *Edits civils* en 1713, lors de leurs refontes³². Ainsi Jean Cramer relève maintes fois l'influence déterminante exercée par l'Ordonnance française sur les titres XVI, XVII, XVIII et XXXVI des *Edits civils*, traitant des négociants et sociétés, des agents de change et courtiers de marchandise, des lettres de change et des faillites³³.

Rappelons que cette ordonnance de Colbert de 1673 avait été adoptée pour apporter plus d'unité dans un pays qui appliquait tant le droit romain que le droit coutumier et pour éviter ainsi les nombreux abus provoqués par cette diversité juridique. Si elle ne présentait guère d'éléments novateurs et se caractérisait par son absence d'exhaustivité, en revanche sa réussite fut assurée par son existence même: pour la première fois en Europe, on avait à disposition, en un ensemble cohérent, toute la législation commerciale du royaume. Les marchands s'en félicitèrent et le succès de celle-ci se déploya également à l'étranger, à Genève notamment³⁴.

³⁰ *Reglemens sur le commerce de la Ville et République de Genève, vûs & approuvez en Petit et Grand Conseil*. Genève, 1699, 20p. Ce règlement figure in *Les sources du droit du Canton de Genève*. Publié par Emile Rivoire. Aarau, H. R. Sauerländer, 1935, vol. IV, pp. 649-654.

³¹ *Edit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail* in Isambert, François-André, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*. Paris, Belin-Leprieux / Verdière, 1829, tome XIX, pp. 93-107.

³² Titres XVI à XVIII: *Des Négotians & Sociétés, Des Agens de Change & Courtiers de Marchandise, Des Lettres de Change*; titre XXXVI: *Des Faillites, & peines contre ceux qui fraudent leurs Créanciers*. *Edits civils* de 1713.

³³ Cramer, Jean, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome VII, notamment, pp. 13-14, p. 43, 74, 85 et tome XIII, p. 199, 212, 237. Déposé à la Bibliothèque publique et universitaire de la ville de Genève, Ms Cramer, 151 et 157.

Roth-Lochner, *Messieurs de la Justice et leur greffe*, op. cit., pp. 40-42.

Szramkiewicz, Romuald, *Histoire du droit des affaires*. Paris, Montchrestien, 1989, pp. 132-135.

Dufour, Alfred, «Alfred Martin et l'histoire du droit genevois» in *La semaine judiciaire*, n°23, 1968, p. 393.

Cramer, «*Recherches historiques...*», op. cit. in *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, t. XIII, 1964, p. 69.

Flammer, *Le droit civil de Genève*, op. cit., p. 37.

³⁴ Padoa-Schioppa, Antonio, «Le Code de Commerce français de 1807» in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*. Publié sous la direction de Pio Caroni. Fribourg, Editions universitaires Fribourg, 1997, pp. 47-48.

A la fin du XVIII^e siècle, l'on se rend compte en France de la nécessité d'une réforme de l'Ordonnance de 1673 afin de tenir compte de l'évolution des pratiques commerciales et de combler les nombreuses lacunes et imprécisions ainsi que le manque de clarté de ce texte datant du XVII^e siècle. On réclame désormais une législation plus complète et plus uniforme en cette matière. Cette revendication sera entendue mais il faudra attendre l'Empire pour assister à la promulgation en septembre 1807³⁵ des lois composant le Code de Commerce mis en exécution dès janvier 1808, code qui s'inspire largement de l'Ordonnance de 1673³⁶.

Remarquons que les titres et dispositions des *Edits civils* qui constituent le droit commercial genevois du XVIII^e siècle se retrouvent de façon générale dans le Code de 1807. En effet, ce code qui apparaît comme une mise à jour de l'Ordonnance de Colbert de 1673³⁷, est plus précis et plus systématique, et donc plus exhaustif que les législations française et genevoise de l'ancien régime. Sans entrer dans les détails complexes de ce droit commercial contenus tant dans la législation française du XVII^e et XIX^e que dans la législation genevoise du XVIII^e, prenons à titre d'exemple la lettre de change et voyons à son propos la place que tient le droit français en la matière dans notre République, du XVII^e au XIX^e siècle.

Hilaire, Jean, *Le droit, les affaires et l'Histoire*. Préface de Bruno Oppetit. Paris, Economica, 1995, pp. 27-28.

Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., pp. 133-135.

³⁵ «Quant au code de commerce français de 1807, on ne peut pas dire que son but principal ait été de soumettre le commerce à un droit commun, mais bien plutôt de compléter et de perfectionner le droit qui avait déjà été consacré par toute la France, en vertu des Ordonnances, de 1673, sur le commerce, et de 1681, sur la marine.» Delapalud, Simon, *Considérations sur la proposition d'un Code de commerce suisse*. Genève, Cherbuliez, 1863, pp. 12-13, cité in Zogmal, Alain, *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le Code civil. Conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration*. Genève, Ed. Alain Zogmal, 1998, p. 129.

³⁶ Dictionnaire Napoléon, *Code de Commerce*, sous la direction de Jean Tulard. Paris, A Fayard, vol. 1er, 1999, pp. 451-453.

Padoa-Schioppa, «Le Code de Commerce français de 1807», in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, op. cit., pp. 48-51.

Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., pp. 137-138; 270-274.

Locré, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*. Paris / Stassbourg / Londres, Treuttel et Würtz, 1829, tome 17, pp. 31-32.

³⁷ Hilaire *Le droit, les affaires et l'Histoire*, op. cit., p. 42.

La lettre de change

Qu'est-ce qu'une lettre de change? L'exemple suivant nous permet de saisir la réalité de cette institution au XVIII^e siècle destinée à pallier l'absence, à cette époque, de papier monnaie. Primus, négociant à Genève doit payer son créancier Quartus qui demeure à Valence. Pour éviter les complications et les dangers que comporte l'envoi à Valence de la somme qu'il doit à Quartus, Primus se rend chez son banquier Secundus et lui achète une lettre de change correspondant au montant de sa créance envers Quartus, à faire valoir auprès de Tertius, débiteur du banquier à Valence³⁸.

Que doit faire Tertius à l'égard de la lettre que lui présente Quartus?

En commentant l'article II du titre XVIII des *Edits civils*³⁹ qui définit la manière selon laquelle doit s'opérer l'acceptation de la lettre de change, Jean Cramer la résume: *L'acceptation doit être pure et simple, par écrit, de toute la somme portée en la lettre de change, datée, et signée par celui qui accepte*⁴⁰. Il est révélateur d'observer que notre jurisconsulte utilise dans son *Commentaire*, l'expression «pure et simple»⁴¹, reprenant pour ainsi dire les termes mêmes de l'article 2 du titre V de l'Ordonnance française du Commerce de 1673 qui précise avec sobriété dans sa première phrase: *Toutes lettres de change seront acceptées par écrit purement et simplement*⁴². L'article 18 du règlement genevois sur le commerce de 1698⁴³ puis l'article II des *Edits civils* de 1713 dont l'origine, comme nous l'indique Jean Cramer,

³⁸ Cet exemple que nous avons adapté est extrait de Henri Levy-Bruhl, *Histoire de la lettre de change en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*. Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 21.

Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., pp. 76-77.

³⁹ Art. II, titre XVIII: *Les lettres de change de quelque nature qu'elles soient, devront être acceptées, par écrit, lors qu'elles seront présentées, avec la date de l'acceptation, & si ceux sur qui elles sont tirées, refusent de les accepter, ou ne le veulent faire, que sous des conditions, non contenues dans les lettres, elles devront être protestées. Edits civils de 1713.*

⁴⁰ Cramer, *Commentaire...*, op. cit., tome VII, p. 100. Ms Cramer, 151.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Art. 2, titre V: *Toutes lettres de change seront acceptées par écrit purement et simplement. Abrogeons l'usage de les accepter verbalement ou par ces mots: «vu sans accepter» ou «accepté pour répondre au temps» et toutes autres acceptations sans condition, lesquelles passeront pour refus, et pourront les lettres être protestées. Ordonnance du Commerce de 1673.*

⁴³ Art. 18. *Toutes lettres de change devront être acceptées par écrit, avec la date du jour de l'acceptation. Et si ceux sur qui elles sont tirées refusent l'acceptation ou ne la veulent faire que sous des conditions non contenues dans les lettres, si les porteurs n'en sont contents, ils devront faire protester. Règlement sur le commerce de 1698.*

est l'Ordonnance française de 1673, ont la même teneur. C'est ainsi que les *Edits civils*, en première partie de l'article II du titre XVIII, traitent de l'acceptation: *Les lettres de change de quelque nature qu'elles soient, devront être acceptées, par écrit, lors qu'elles seront présentées, avec la date de l'acceptation, (...) Nous nous rendons compte de la similitude du texte genevois et du texte français du XVIIe siècle et de la conformité de la disposition du Code de Commerce de 1807 avec ceux-ci, malgré le caractère plus précis des termes de ce dernier*⁴⁴. En effet, celui-ci prévoit à l'article 122, 1^{er} et 2^{ème} alinéa du titre VIII sur la lettre de change: *L'acceptation d'une lettre de change doit être signée.*

*L'acceptation est exprimée par le mot Accepté*⁴⁵.

En seconde partie, l'article II des *Edits civils* évoque le refus d'acceptation ou l'acceptation conditionnelle: *& si ceux sur qui elles sont tirées, refusent de les accepter, ou ne le veulent faire, que sous des conditions, non contenues dans les lettres, elles devront être protestées.* Ces mots repris de l'article 18 du Règlement de 1698 s'inspirent de la seconde phrase de l'article 2 du titre V de l'Ordonnance du Commerce de 1673 qui indique que toute acceptation conditionnelle sera assimilée à un protêt. Observons que le principe de l'interdiction de l'acceptation conditionnelle se retrouve à l'article 124 du Code de Commerce de 1807 mais en en précisant les termes⁴⁶.

Si Tertius, n'étant plus sûr de la solvabilité de Secundus et craignant qu'une acceptation téméraire ne le mette en difficulté, refuse la lettre de change, Quartus, fera dresser un acte, le protêt, qui constate que Tertius a manqué à ses engagements. Les formalités qu'exige ce refus sont prévues par l'article 173 du Code de Commerce de 1807: exigence de deux notaires qui instrumentent le protêt ou d'un notaire et deux témoins ou encore d'un huissier et deux témoins⁴⁷. L'article 174 définit le contenu du protêt: la

⁴⁴ Locré, Jean-Guillaume, *Esprit du Code de Commerce*.... Paris, Imprimerie impériale, 1808, tome 2eme, pp. 87-88.

⁴⁵ Maugeret, A., *Législation commerciale de l'Empire français, ou le Code de Commerce*. Paris, Capelle et Renand; Brasseur, 1808, tome 1er, p. 309.

⁴⁶ Art. 124, titre VIII: *L'acceptation ne peut être conditionnelle; mais elle peut être restreinte quant à la somme acceptée.*

Dans ce cas, le porteur est tenu de faire protester la lettre de change pour le surplus. Code de Commerce de 1807.

Locré, *Esprit du Code de Commerce*, op. cit., p. 72 et 95.

⁴⁷ Art. 173, titre VIII: *Les protêts faute d'acceptation ou de paiement, sont faits par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ou par un huissier et deux témoins. Le protêt doit être fait*

retranscription de la lettre de change et toutes les indications qu'elle contient ainsi que, dans notre cas, les motifs invoqués par Tertius pour la refuser⁴⁸. En outre, selon l'article 176, copie du protêt doit être remise aux parties en cause, lequel sera conservé par le notaire ou l'huissier⁴⁹. Ces dispositions, plus précises et détaillées que l'Ordonnance de 1673, sont pour l'essentiel les mêmes⁵⁰. Jean Cramer, relève à nouveau que c'est cette Ordonnance qui est à l'origine de l'article 20 du règlement genevois de 1698⁵¹ dont la teneur se retrouve pour ainsi dire à l'article IV des *Edits civils*⁵². A la différence de la

Au domicile de celui sur qui la lettre de change était payable, ou à son dernier domicile connu;

Au domicile des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin;

Au domicile du tiers qui a accepté par intervention:

Le tout par un seul et même acte.

En cas de fausse indication de domicile, le protêt est précédé d'un acte de perquisition. Code de Commerce de 1807.

⁴⁸ Art. 174, titre VIII: *L'acte de protêt contient*

La transcription littérale de la lettre de change, de l'acceptation, des endossements, et des recommandations qui y sont indiqués;

La sommation de payer le montant de la lettre de change.

Il énonce

La présence ou l'absence de celui qui doit payer;

Les motifs du refus de payer, et l'impuissance ou le refus de signer. Code de Commerce de 1807.

⁴⁹ Art. 176, titre VIII: *Les notaires et les huissiers sont tenus, à peine de destitution, dépens, dommages-intérêts envers les parties, de laisser copie exacte des protêts, et de les inscrire en entier, jour par jour et par ordre de dates, dans un registre particulier, coté, paraphé, et tenu dans les formes prescrites pour les répertoires. Code de Commerce de 1807.*

⁵⁰ Art. 8, titre V: *Les protêts ne pourront être faits que par deux notaires ou un notaire et deux témoins, ou par un huissier ou sergent, même de la justice consulaire, avec deux records, et contiendront le nom et le domicile des témoins ou records.*

Art. 9, titre V: *Dans l'acte de protêts, les lettres de change seront transcrites avec les ordres et les réponses, s'il y en a; et la copie du tout signée sera laissée à la partie, à peine de faux, et des dommages-intérêts. Ordonnance du Commerce de 1673.*

Locré, *Esprit du Code de Commerce*, op. cit., tome 2eme, p. 269 et p. 273.

⁵¹ Art. 20: *Les protêts se pourront faire par un notaire et certifiés par deux témoins dont les noms et domiciles seront exprimés. Et dans lesdits protêts les lettres de change seront transcrites avec les ordres soit endossements, ainsi que les réponses de ceux sur qui les lettres seront tirées. Et les notaires seront tenus de garder minutes desdits protêts, dont ils donneront des extraits signés aux porteurs des lettres. Règlement sur le commerce de 1698.*

⁵² Art. IV, titre XVIII: *Les protêts pourront être faits par un notaire en présence de deux témoins, dont les noms & domiciles seront exprimés, et qui les devront signer. Dans lesdits protêts, les lettres de change seront transcrites, avec les ordres & endossements,*

législation française, tant du XVIII^e que du XIX^e siècle, pour l'instrumentation du protêt, l'article IV des Edits, n'évoque qu'un notaire et deux témoins, et non les deux notaires, ou le notaire ou l'huissier et deux témoins prévues par les lois françaises. A ce propos, Jean Cramer constate qu'à Genève, malgré la précision de l'article IV qui mentionne le notaire et deux témoins, on ne doit pourtant pas exclure des solutions telles que celles évoquées par l'article 8 de l'Ordonnance⁵³. Dès lors, s'agissant du protêt, nous remarquons que le Code de Commerce ne bouleverse pas la législation genevoise du XVIII^e siècle.

Cette lettre de change envoyée à Quartus pour se faire payer par Tertius, Quartus peut l'utiliser comme un billet de banque pour payer Sextus et la lui transférer par endossement. Sextus à son tour s'en servira pour s'acquitter de ce qu'il doit à Septimus, qui finalement la présentera à Tertius afin d'en recevoir le montant. Tertius, nous l'avons vu, est méfiant et lors de cette opération, à nouveau la refuse⁵⁴. Jean Cramer se pose la question suivante: un tiers, en cas de protêt, peut-il accepter une lettre de change et l'acquitter? Oui, répond-il, et cela est conforme tant à l'article V, titre XVIII des *Edits civils* qu'à l'article 3 du titre V de l'Ordonnance française de 1673. Ainsi, par exemple, Sextus, ami de Secundus qui a émis cette lettre de change et qui connaît la bonne situation des affaires du banquier, peut intervenir et déclarer qu'il l'accepte pour lui. Cette démarche, qui a pour but d'éviter le discrédit que provoquerait le retour de la lettre de change auprès du banquier Secundus⁵⁵, vous la trouvez énoncée à l'article 3, titre V de l'Ordonnance du Commerce de 1673⁵⁶, reprise quasiment mot pour mot à l'article 21 dans le règlement genevois de 1698⁵⁷ et dans l'article V du titre XVIII des *Edits*⁵⁸. A

& les réponses de ceux sur qui elles seront tirées, & du tout sera gardé minute par le notaire. Edits civils de 1713.

⁵³ Cramer, *Commentaire...*, *op. cit.*, tome VII, pp. 105-107. Ms Cramer, 151.

⁵⁴ Cet exemple que nous avons adapté est extrait de A. Maugeret, *Législation commerciale de l'Empire français, ou Code de Commerce*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 351-352.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Art. 3, titre V: *En cas de protêt de la lettre de change, elle pourra être acquittée par tout autre que celui sur qui elle aura été tirée; et au moyen du paiement, il demeurera subrogé en tous les droits du porteur de la lettre, quoiqu'il n'en ait point de transfert, subrogation ni ordre. Ordonnance du Commerce de 1673.*

⁵⁷ Art. 21: *En cas de protêt des lettres de change, elles pourront être acquittées par tous autres que ceux sur qui elles auront été tirées; et au moien dudit paiement, ceux qui les payeront demeureront subrogés en tous les droits des porteurs des dites lettres de change, quoiqu'ils n'en aient point de transport, subrogation ni ordre. Règlement genevois de 1698.*

leur tour, les articles 158 et 159 du Code de Commerce de 1807 l'énoncent en précisant, une fois encore, les modalités de son exercice⁵⁹.

Ces quelques dispositions législatives ayant trait à la lettre de change montrent les analogies du code de commerce de 1807 avec les *Edits civils* dont les dispositions correspondantes ont été elles-mêmes calquées en 1698 sur l'Ordonnance de Colbert de 1673. Il convient de préciser que la Commission désignée à la Restauration pour réviser cette législation française maintiendra le Code de Commerce de 1807, soucieux des intérêts commerciaux et économiques de Genève. Il restera en vigueur jusqu'en 1882⁶⁰.

V. Le testament secret

Prenons un autre exemple, l'institution du testament secret au sujet de laquelle Jean Cramer remarque, dans son *Commentaire* de l'article V du titre XXX des *Edits civils* de 1713⁶¹, qu'elle a pour but, d'une part, le secret des

⁵⁸ Art. V, titre XVIII: *En cas de protêt des lettres de change, elles pourront être acquittées, par tous autres que ceux, sur qui elles auront été tirées, qui par ce moyen demeureront subrogés, en tous les droits des porteurs desdites lettres, sans qu'ils aient besoin de transport, subrogation, ou ordre. Edits civils de 1713.*

⁵⁹ Art. 158, titre VIII: *Une lettre de change protestée peut être payée par tout intervenant pour le tireur, ou pour l'un des endosseurs. L'intervention et le paiement seront constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte.*

Art. 159, titre VIII: *Celui qui paye une lettre de change par intervention, est subrogé aux droits du porteur, et tenu des mêmes devoirs pour les formalités à remplir. Si le paiement par intervention est fait pour le compte du tireur, tous les endosseurs sont libérés.*

S'il est fait pour un endosseur, les endosseurs subsequens sont libérés.

S'il y a concurrence pour le paiement d'une lettre de change par intervention, celui qui opère le plus de libérations est préféré.

Si celui sur qui la lettre était originairement tirée, et sur qui a été fait le protêt faute d'acceptation, se présente pour la payer, il sera préféré à tous autres. Code de Commerce de 1807.

Locré, *Esprit du Code de Commerce...*, op. cit., tome 2eme, p. 217.

⁶⁰ Zogmal, Pierre-François Bellot... op. cit., pp. 125-129.

Flammer, Antoine, *Lois civiles et commerciales qui constituent, avec les codes, la législation du Canton de Genève réunies dans l'ordre des codes.* Genève, Jules-Gme Fick, 1859, pp. VII-IX.

⁶¹ Art. V, titre XXX: *Et si le testateur, veut que son testament soit secret, l'ayant écrit, ou fait écrire par un autre, & en ce dernier cas l'ayant lui même signé, il pourra le clorre, & sceller de son cachet, & en presence du Notaire, & sept témoins, déclarer, que ce*

dernières dispositions du testateur sa vie durant, et, d'autre part, la confirmation et l'authenticité de la volonté manifestée par ce dernier. Les origines de cet article remontent à une constitution de Théodose II (401-450) et de Valentinien III (419-455) datant de 439⁶² et aux dispositions IX et X du titre XVIII des *Coutumes générales des pays et duché de Berry*⁶³, ces derniers articles s'inspirant de la loi romaine de 439, en la simplifiant et en s'en écartant⁶⁴. A propos de ce testament secret genevois, Jean Cramer constate que si le testateur a écrit lui-même son testament, point n'est besoin qu'il le signe; toutefois, s'il s'est servi de la main d'autrui, il est nécessaire dès lors, pour la validité de l'acte, qu'il y appose sa signature. En outre, les *Edits* exigent, sur le repli de la feuille du testament qui l'enveloppe, la signature de sept témoins et celle du notaire, sans pourtant requérir celle du testateur. A l'exception de la présence du notaire exigée par la loi genevoise, ces

qu'il a écrit, ou fait écrire, dans le papier qu'il leur présentera, est son testament, ou disposition de dernière volonté, laquelle déclaration sera écrite sur le repli par le Notaire, qui la signera avec les témoins: Ces solennités étant observées, ce testament sera valable quant à la forme. Edits civils de 1713.

⁶² C. = (Code), 6, 23, 21, *Corpus juris civilis*, vol. 2^e, *Codex Justinianus*. Recognovit et retractavit Paulus Krueger. Hildesheim, Weidmann, 1989, [Nachdr. der 11. Aufl].

⁶³ Article. IX, titre XVIII, note marginale: *Forme du testament secret.*

Qu'où le testateur voudra faire son testament, ou autre disposition de dernière volonté secrette, & ne voudra le contenu en icelle estre cogneu jusques après sa mort, l'escrira de sa main, ou fera écrire par autre auquel il aura confidence, & le signera de sa main, s'il sçait écrire. & s'il ne peut écrire, le pourra faire signer par un notaire ou tabellion pour & en son nom.

Article X, titre XVIII, note marginale: *Du testament mystique.*

*Et ce fait sera ledit testament, ou autre disposition de dernière volonté redigée par écrit en papier ou parchemin, close & seellée par iceluy testateur, s'il a seel, ou signée de son anneau ou autre marque. Et appelez un notaire ou tabellion de Cour laye, & trois tesmoins gens d'honneste vie, carents d'infamie publique, masles ayans l'aage de vingt ans pour le moins, declarera en presence, que ce qui est écrit en la feuille de papier ou de parchemin ainsi close & signée, est son testament ou autre disposition de dernière volonté, & se querra ledit notaire & tesmoins, vouloir souscrire au dessus dudit testament ou disposition de dernière volonté, de quoy le notaire fera sommaire mention au dessus dudit testament, ou autre disposition de dernière volonté ainsi close, seellée & signée, & la signera & fera signer par les trois tesmoins qui seront à ce faire convoquez. Coutumes générales des pays et duché de Berry..., in Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, op. cit., vol. III, p. 966.*

⁶⁴ Cramer, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome XII, pp. 36-40, Ms Cramer, 156.

Vendrand-Voyer, "Réformation des coutumes et droit romain...." in *Annales de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I*, op. cit., fasc. 18, 1981, pp. 350-351.

conditions correspondent à celles que l'on trouve dans la constitution romaine précitée. Le notaire et les sept témoins, tous ensemble, doivent entendre la déclaration du testateur, qui certifie que le papier qu'il leur présente contient ses dernières volontés, laquelle déclaration sera écrite par le notaire, signée par lui et par les sept témoins. Grâce à l'intervention du notaire, le testament jusqu'alors imparfait, donc non valable, devient un acte public. Cette dernière disposition s'écarte de la loi romaine qui, elle, exigeait la signature du testateur sur le repli, alors que les *Edits* l'en dispensent. La coutume du Berry, elle aussi ne la réclame point, mais, en revanche la requiert à l'intérieur du testament. Si le testateur ne peut écrire, c'est alors le notaire qui signera pour lui et en son nom⁶⁵. Contrairement à ce que prévoit la coutume du Berry, à Genève, on n'évoque pas la situation dans laquelle le testateur ne peut écrire. Est-ce en raison du degré élevé d'alphabétisation dans la Genève du XVIII^e siècle⁶⁶? Enfin, les *Edits*, comme la constitution romaine de 439, requièrent l'*unitas contextus* dans laquelle doivent se dérouler ces formalités⁶⁷.

Le principe du testament secret est maintenu dans le Code civil de 1804 à l'article 976⁶⁸. Cette disposition s'inspire de l'article 9 de l'Ordonnance française sur les testaments de 1735 du chancelier Henri-François Daguesseau (1688-1751). Comme à Genève, cet article 976 du Code civil subit l'influence de la loi romaine et des coutumes du Berry⁶⁹, mais seules les modalités

⁶⁵ Cramer, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome XII, pp. 40-47, Ms Cramer, 156.

⁶⁶ *Histoire de Genève*. Publ. sous la dir. de Paul Guichonnet. Toulouse / Lausanne; Privat, 3e éd. mise à jour, 1986, p. 247.

⁶⁷ Cramer, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome XII, p. 47, Ms Cramer, 156.

⁶⁸ Art. 976: *Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui: le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce qui dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes; et en cas que le testateur, par empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. Code civil de 1804.*

⁶⁹ «Quant au testament mystique ou secret, on a agité la question de savoir si cette forme devait être conservée.

d'application varient par rapport à la loi genevoise du XVIII^e siècle. Le testateur doit signer ses dernières dispositions, ce que n'exigeait pas la loi genevoise s'il les avait lui-même écrites, et il doit signer également l'acte de suscription dressé sur l'enveloppe avec les signatures du notaire et des six témoins. S'agissant de cette dernière exigence, l'article V des *Edits civils* qui prévoyait le concours de sept témoins ne réclamait pas la signature du testateur sur le repli de son testament. Cet article 976 sera maintenu dans la législation genevoise durant tout le XIX^e siècle.

VI. Conclusion

Revenons à la législation française du début du XIX^e siècle. Le Code civil de 1804 est le fruit de la rédaction officielle des coutumes et des ordonnances de Louis XIV et de Louis XV (1710-1774); il est aussi le résultat des travaux des grands jurisconsultes français des XVII^e et XVIII^e siècles, qui ont soit développé un droit commun coutumier, soit amélioré et simplifié le droit romain alors en vigueur dans une partie du royaume. C'est dans ces différentes sources que les rédacteurs du Code civil de 1804 ont puisé les principes essentiels de leur œuvre⁷⁰, processus également suivi pour l'élaboration du Code de Commerce de 1807⁷¹.

Comme nous venons de l'évoquer, les sources dont on se sert à Genève sont les mêmes que celles utilisées par les rédacteurs des Codes de 1804 et 1807. Nous avons vu l'influence exercée par l'Ordonnance du Commerce de

On l'a pensé ainsi, parce qu'il est juste de laisser à ceux qui ne pourraient pas écrire leur testament le droit et la faculté de tenir leurs dispositions secrètes jusqu'à leur mort.» Recueil composant le Code civil, *op. cit.*, vol. 4, p. 268, n° 116.

Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, tome 2^eme, p. 450.

Dard, *Code civil avec notes indicatives*, *op. cit.*, p. 223.

Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, tome XXI, pp. 389-390.

⁷⁰ Halpérin, *Le Code civil*, *op. cit.*, pp. 7-9.

Halpérin, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*. Paris, P. U. F., 1992, pp. 30-43; 64-66.

Arnaud, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 215-217.

Sorel, Albert, «Introduction», in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*. Publié par la Société d'études législatives. Paris, Arthur Rousseau, 1904, pp. XIX-XX.

Esmein, Adhémar, «L'originalité du Code civil», in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁷¹ Hilaire, Jean, *Le droit, les affaires et l'Histoire*, *op. cit.*, pp. 31-34.

Locré, *Esprit du Code de Commerce*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. V-XVI.

1673 sur les *Edits civils*. C'est selon le Professeur Alfred Dufour un processus de pré-réception du droit français⁷². Cette influence importante de la France ne s'exerce pas seulement dans le domaine de la loi mais encore dans celui de la doctrine et de la jurisprudence, domaines parfaitement connus du juriste genevois et dont il fait usage selon ses besoins⁷³. Nous savons d'ailleurs que cette solide culture juridique française que possèdent les avocats à cette époque provient des études que la plupart ont suivies en France, notamment à l'Université de Valence⁷⁴. Déjà en 1968, le professeur Alfred Dufour, à propos de ce phénomène, avait relevé «*le rôle de maturation qu'a pu jouer en matière législative, doctrinale et coutumière, sinon jurisprudentielle, le XVIII^e siècle genevois si fortement orienté vers la France*⁷⁵.»

Comme nous avons pu le constater à la lumière des exemples mentionnés, la législation française en vigueur à Genève dès le début du XIX^e siècle n'est pas en réelle contradiction avec les dispositions contenues dans les *Edits civils*. A partir des dispositions que nous avons étudiées, l'on peut se demander si les législations françaises introduites à Genève par l'occupation sont vraiment étrangères ou si celles-ci, en contenant un certain nombre de principes juridiques présents dans les anciennes lois genevoises, sans avoir alors le caractère de droit véritablement allogène, ne constituent pas plutôt un processus d'adaptation ou de révision des *Edits civils* préparé par le XVIII^e

⁷² Dufour, «Alfred Martin et l'histoire du droit genevois», *op. cit.*, p. 393.

⁷³ *Le catalogue des factums judiciaires genevois sous l'ancien régime* établi par Jacques Droin in Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, tome LIII. Genève / Paris, Droz; Champion, 1988, n° 995, 996 et 998, nous a permis de retrouver trois factums concernant entre autres la question du protêt pour des lettres de change. Il est intéressant de relever à ce propos qu'on se réfère tant à l'ordonnance de 1673, qu'au droit romain et même au règlement pour la place de Lyon de 1667. Jean Cramer indique lui-même les auteurs dont il s'est servi pour la rédaction de son *Commentaire* sur les agents de change et lettre de change, dont la grande majorité sont des Français. Cramer, Jean, *Commentaire sur les Edits civils de 1713*, tome VII, p. 74. Ms Cramer, 151.

Barbara Roth-Lochner, dans *Messieurs de la Justice et leur greffe*, *op. cit.*, pp. 108-109 et dans *De la banche à l'étude* *op. cit.*, pp. 43-44; 279-282 a démontré le poids des sources françaises parmi toutes celles en cours à Genève. Liliane Mottu-Weber dans «Le procès de Judith Porte à Genève en 1761-1762, épisode d'un long débat sur la capacité de la femme mariée» in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, *op. cit.*, pp. 207-208 met en évidence, à propos de cette affaire, le recours aux coutumes et aux jurisconsultes français.

⁷⁴ Choisy, Albert, *La matricule des avocats de Genève, 1712-1904*. Genève, Société générale d'imprimerie, 1904, p. 8 et pp. 22-26.

⁷⁵ Dufour, «Alfred Martin et l'histoire du droit genevois», *op. cit.*, pp. 392-393.

siècle, raison pour laquelle ces législations se maintiennent longtemps à Genève après la chute napoléonienne.

*Andreas Kley**

Das Uster-Memorial und der Ustertag

Zu dieser (Wieder-) Publikation

Das Uster-Memorial wurde zum letzten Mal im Jahr 1881 anlässlich des 50-jährigen Jubiläums des Ustertags abgedruckt. Das ist Anlass genug, um den inzwischen nur noch schwer erhältlichen Text erneut abzudrucken und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Es zeigt sich nämlich, dass viele Dokumente der Verfassungsgeschichte des 18. und 19. Jahrhunderts – im Gegensatz zu jenen aus noch früheren Jahrhunderten – schwer zugänglich sind. Die CHIH sollen helfen, diesen Missstand allmählich abzubauen.

Einführung

Der Ustertag vom 22. November 1830 bildete in der Zürcher Regenerationsbewegung den Höhepunkt in den öffentlichen Auseinandersetzungen um eine neue Kantonsverfassung. Um einem Umsturz nach dem Vorbild der Pariser Julirevolution vorzubeugen, beschloss der alte Grosse Rat am 1. November die Einsetzung einer 21-köpfigen Kommission, welche am 25. November die Abänderung einiger Verfassungsartikel beraten sollte. Die Auseinandersetzung drehte sich vor allem um eine genügende Vertretung der Landschaft im Kantonsparlament. Es wurde bekannt, dass die Vorschläge völlig ungenügend seien. Deshalb versammelten sich die Befürworter einer umfassenden Reform gerade noch rechtzeitig an einem Volkstag in Uster. Am denkwürdigen 22. November fanden sich auf dem Zimiker-Hügel zehntausend Männer der zürcherischen Landschaft ein und verlangten in einer Denkschrift («Memorial von Uster») eine regenerierte Verfassung. Die Schrift war vom Küssnachter Memorial beeinflusst, das Ludwig Snell verfasst hatte. Die Beschlüsse von Uster, dem geographisch zentralsten Ort des Kantons Zürich, wurden von Hunderten unterschrieben und dem Zürcher Bürgermeister als Petition eingereicht. Zuerst wurde das Memorial im „Republikaner“ vom 26. November 1830 gedruckt und verbreitet. Die Wirkung dieses öffentlichen Dokuments war gewaltig. Der Grosse Rat beschloss in den Debatten vom 25.-27. November seine Selbstauflösung und Neuwahlen, wobei in dieser Wahl zwei

* Für kritische Durchsicht und Hinweise bedanke ich mich bei Herrn Dr. Stefan G. Schmid, Zürich.

Drittel der Sitze für die Landschaft reserviert sein sollten. Der am 6. Dezember neu gewählte Grosse Rat erhielt den Auftrag, eine neue Verfassung auszuarbeiten. Er trat am 14. Dezember erstmals zusammen und wählte eine 13-köpfige Kommission, welche in einem Monat aufgrund des Uster-Memorials einen Verfassungsentwurf ausarbeitete. Die Bürger machten zahlreiche Eingaben an den Grossen Rat, und zudem stand der Verfassungsentwurf des Radikalführers Ludwig Snell von Anfang Januar 1831 zur Verfügung, der sich als Steinbruch geradezu anbot. Der Grosse Rat beriet den Entwurf vom 16. Februar bis 10. März und stimmte der Verfassung mit 169 gegen 4 Stimmen zu. Das Volk nahm die Verfassung am 20. März mit überwältigendem Mehr ebenfalls an und am 23. März wurde das Ergebnis erwahrt.

Literaturauswahl zum Memorial von Uster und zum Ustertag

KLEINE ZÜRCHER VERFASSUNGSGESCHICHTE, 1218-2000, Hrsg. vom Zürcher Staatsarchiv, Zürich 2000, S. 48 f.

BAUMGARTNER GALLUS JAKOB, Die Schweiz in ihren Kämpfen und Umgestaltungen von 1830 bis 1850, 4 Bände, Band I, Zürich 1853, S. 35 ff.

DÄNDLIKER, KARL, Der Ustertag und die politische Bewegung der Dreissiger Jahre im Canton Zürich. (Nebst Abdruck des "Uster Memorial" als Beilage). Zur 50-jährigen Erinnerung. Zürich: Orell Füssli & Co., 1881.

DÄNDLIKER KARL/WETTSTEIN WALTER, Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich, Bd. III, Zürich 1912, S. 255.

FREY HANS, Die Abdankung der Gnädigen Herren zu Zürich, in: CHRISTOPH MÖRGELI (Hrsg.), Memorial und Stäfner Handel 1794/95, Stäfa 1995, S. 261 ff.

MÖRGELI CHRISTOPH, „Beiträge zur Revolutionsgeschichte des Kantons Zürich.“ Ein unbekanntes Manuskript des Oberamtmanns Johann Caspar Ott zum Ustertag von 1830. Mit einer Einleitung von Bruno Schmid, Stäfa 1991, S. 42-45 [Erstes Memorial von Uster].

MÜLLER VON FRIEDBERG CARL, Schweizerische Annalen oder die Geschichte unserer Tage seit dem Julius 1830, 5 Bände, Erster Band, Zürich: Orell, Füssli & Co. 1832, S. 256 ff. (Entwicklung der Regeneration in Zürich).

MÜLLER MATTHIAS, Gesellschaftlicher Wandel und Rechtsordnung. Die Zürcher Restauration (1814-1831) und die Entstehung des bürgerlichen Staates, Diss. Zürich 2004.

NABHOLZ HANS, Die Eingaben des zürcherischen Volkes zur Verfassungsreform des Jahres 1830. Ein Beitrag zur Geschichte der Regeneration, Zürich 1911.

SCHMID BRUNO (Hrsg.), Der Ustertag im Spiegel seiner Zeit, Festschrift zur 150. Wiederkehr des 22. November 1830, Uster: Ustertagkomitee 1980 (mit zeitgenössischen Dokumenten).

SCHMID BRUNO, Memorial – ein Rechtsbegriff? In: CHRISTOPH MÖRGELI (Hrsg.), Memorial und Stäfner Handel 1794/95, Stäfa 1995, S. 139 ff.

SCHMID STEFAN G., Die Zürcher Kantonsregierung seit 1803, Diss. Zürich 2003, insb. S. 83-85.

SNELL LUDWIG, Der Tag von Uster, in: „Schweizerischer Republikaner“ Nr. 94 vom 22.11.1839 oder wieder abgedruckt in: HEINRICH STIEFEL, Dr. Ludwig Snells Leben und Wirken. Ein Beitrag zur Geschichte der regenerierten Schweiz, Zürich: Verlag Meyer und Zeller 1858, S. 268 ff.

WETTSTEIN WALTER, Die Regeneration des Kantons Zürich, Zürich 1907.

Der Ustertag – eine Zürcher Besonderheit

Heute gibt es keinen Kanton mehr, der einen eigentlichen Verfassungsjubiläumstag kennt, ausser den Kanton Zürich mit dem Ustertag vom 22. November. Der Tag wurde schon im 19. Jhdt. als Verfassungstag der Liberalen gefeiert und im 20. Jhdt. hatte er sich förmlich institutionalisiert. Mit wenigen Ausnahmen wurde er jährlich gefeiert und als Festredner fungierten vor allem Bundesräte, Militärs und Intellektuelle (vgl. die Liste der Redner auf www.uster.ch). Sonst kennt heute kein Kanton einen derartigen Festtag zur Feier seiner liberalen Verfassung. Der Kanton Bern kannte im 19. Jhdt. die radikale Verfassungsfeier jeweils am 31. Juli, dem Tag der Annahme der ersten liberalen Verfassung im Jahr 1831 und der zweiten Verfassung von 1846 am gleichen Datum. Der ab 1899 eingerichtete 1. August als Tag der Bundesfeier mit abendlichem Festgeläute (BB1 1899 IV 220) hat die Berner Verfassungsfeier förmlich aufgesogen und sie ist deshalb ausser Gebrauch gekommen. Sodann gab es freisinnige Feierlichkeiten am 1. März in Neuenburg (Tag der Ausrufung der Republik, 1848) sowie den Balsthaler Volkstag im Kanton Solothurn in Erinnerung an den Volkstag vom 22. Dezember 1830. Andere dem Ustertag entsprechende Volkstage der Regeneration, wie etwa jene von Weinfelden, Wohlenschwil, Sursee, Wattwil, Altstätten, St. Gallenkappel und Münsingen wurden später nicht als regelmässige Verfassungsjubiläumstage (Verfassungstage) benutzt.

Der nachfolgende Text stützt sich auf DÄNDLIKER (1881). Der Text wurde im 19. Jhdt. nach seiner Erstpublikation im „Republikaner“ vom 26. November 1830 verschiedentlich gedruckt (vgl. weitere Quellenangaben bei WETTSTEIN, S. 1 ff.).

Das Uster-Memorial vom 22. November 1830

Ehrerbietige Vorstellung der Landesversammlung des Kantons Zürich, abgehalten zu Uster, Montag den 22. November 1830.

Hochwohlgeborner, Hochgeachteter Junker Amtsbürgermeister!

Hochgeachtete, Hochzuverehrende Herren und Obere!

Es ist allgemein bekannt, dass die in den letzten Tagen des abgewichenen July für ganz Europa höchst wichtigen, in Frankreich Statt gefundenen Vorfälle auch in unserem gemeinsamen Vaterlande, und besonders auch in unserem Kanton, die verschiedenen Begehren und Wünsche, die seit dem Jahre 1814 durch die Ereignisse in Schlummer eingewiegt wurden, aufgeweckt haben, welche gegenwärtig an der Tagesordnung sind. Allgemein ist in unserem Kanton der Wunsch und das Begehren nach *Verfassungs-Änderung* und *Erleichterungen*. Mit gespannter Erwartung sah man der durch die Versammlung der ein und dreissig grossen Räthe in Uster herbeigeführten ausserordentlichen grossen Rathssitzung entgegen; einerseits darum, weil Exzesse zu befürchten stunden, welche Eigenthum und persönliche Sicherheit hätten gefährden können, anderseits darum, weil man allgemein mit bewegtem Gemüthe auf die Wahrung der Volksrechte achtete. Der erste Punkt ist, Gott sei Dank! durch die, der Stellung des grossen Rathes angemessene würdige Haltung beseitigt; hingegen ermangelten in dem zweyten Punkt Viele derjenigen energischen Sprache, welche einzig geeignet ist, verlorene Volks-Rechte wieder ins Leben zu rufen, weswegen auch Viele, im Vertrauen auf den grossen Rath, einigermassen entmuthigt werden mussten. Gänzliche Entmuthigung im Vertrauen auf diese hohe Behörde ist eingetreten, nachdem das Resultat der Verhandlungen der vom grossen Rathe niedergesetzten Commission bekannt wurde. Was indessen die höchste Landesbehörde hierzu sagen werde, ist zur Stunde noch nicht bekannt. Indessen ist zu erwarten, Hochdieselbe werde einen solchen Antrag nicht genehmigen. Da übrigens, wenn man berücksichtigt, dass die Mehrheit dieser Commission aus Landbürgern bestanden ist, die Vertheidigung und Sicherung der Volks-Rechte auf einem bedenklichen Fusse steht, so fanden viele Freunde der Ordnung und Gesetzlichkeit sich bewogen, bei der sich laut aussprechenden Gährung des Volkes, bei den anlockenden Beispielen in benachbarten Kantonen und in der Gewissheit, dass unter diesen Umständen nächstens gewaltsame Ausbrüche folgen würden, eine Volksversammlung in Uster zu veranstalten und von derselben, sowohl durch Anhörung der Einzelnen, als durch ein Gesamtmehr ihre Wünsche zu vernehmen. Das versammelte Volk, wenigstens zwölf tausend Männer an der Zahl, hat in der Überzeugung:

1. Dass in Freistaaten das Volk, oder die Gesamtheit der freien Bürger der Souverain ist, folglich nur mit ihrem Willen die Verfassung abgeändert werden darf.
2. Dass die Dringlichkeit einer Revision und verschiedene Veränderungen des Grundgesetzes – der Verfassung – nicht nur von dem gesammten zürcherischen grossen Rathe eingesehen, sondern auch von der Mehrzahl der Staatsbürger anerkannt wird.
3. Dass weder in der Ao. 1814, ohne förmliche Sanktion des Volkes eingeführten Verfassung, noch im Wesen des Repräsentations-Systems eine unbedingte Bevollmächtigung der gegenwärtigen grossen Rätthe liege, diese Abänderung ohne die Sanktion des Volkes vorzunehmen.
4. Dass die bisherigen Schritte dieser Volksdeputierten keine genügende Garantie geben, dass die neue Verfassung dem Geiste der Zeit, dem Wesen eines freien Staates und dem Willen des Volkes gemäss abgefasst und demselben zur Sanktion und zur Beschwörung vorgelegt werde.
5. Dass die Verfassung nur dann von Dauer und Haltbarkeit sein kann, wenn sie den Wünschen und Forderungen der Mehrzahl entspricht.
6. Dass die Volksstimmung über dieses heiligste Interesse eines freien Bürgers noch auf keine geeignete Weise sei erforscht worden, vielmehr der Mangel einer Proklamation und die bisher unterlassene Eröffnung eines Weges, seine Ansichten einzugeben, zu zeigen scheint, dass man sie nicht kennen wolle.
7. Dass es sich vorerst um die Ausmittlung eines angemessenen Repräsentations-Verhältnisses und einer freien Wahlart handeln müsse; dass zwar die Bevölkerung den allein richtigen Massstab für jenes Verhältnis darbiete, indessen zur Zeit auch noch auf Bildung und Vermögen Rücksicht zu nehmen sei, ferner die Rechte eines freien Bürgers erheischen, dass die Wahlen zum grössten Theil von ihm ausgehen.
8. In der Überzeugung endlich, dass der Antrag der grossen Rathskommission diese Erfordernisse nicht erfüllt, vielmehr der Volkswille sich immer lauter dagegen ausspreche und die Ruhe des Staates eine Zeit- und Zweckgemässere Abänderung dringend erheischt; - für gut befunden und beschlossen: Eine Denkschrift an den grossen Rath zu erlassen und die allgemein ausgesprochenen Begehren und Wünsche an seinen Vorstand in aller Ehrerbietigkeit zu bringen.

Das allgemein herrschende Begehren, das dem Volke, seinem Recht und seinem Interesse am nächsten liegt, ist nun:

1. Eine verhältnismässige Repräsentation im grossen Rathe;
2. Ein besseres Wahlsystem.

In Bezug auf den ersten Punkt ist das bestimmte Begehren heute einmüthig beschlossen worden, dass von nun an der grosse Rath aus zwei Dritttheilen von Landbürgern und zu einem Dritttheile aus Stadtbürgern Zürichs besetzt werden. ---

In Bezug auf den zweiten Punkt, das Wahlsystem betreffend, begehrt die Versammlung einmüthig, dass durch die Verfassung festgesetzt werde:

1. Dass fünf Sechstheile der von den, dem Lande zufallenden zwei Dritttheilen jederzeit durch die Zünfte direkt gewählt werden.
2. Soll die Amtsdauer auf 3 Jahre reduziert werden; die Ausgetretenen aber wieder wählbar sein.
3. Die Wählbarkeit soll vom Vermögen gänzlich unabhängig sein und bleiben.
4. Sollen alle die Förderung und Reinheit der Wahlen hemmenden Vorkehrungen und Umtriebe ausgemerzt und überhaupt die Wahlpolizei erneuert werden.
5. Sollen die bisherigen Abrufungswahlen abgeschafft werden.
6. Den Ansässen soll gestattet werden, an ihrem Wohnorte das Wahlrecht auszuüben.

Mit der Befriedigung dieser beiden Hauptforderungen findet das Landvolk sein nächstes und heiligstes Interesse für den gegenwärtigen bewegten Moment befriedigt. Da es aber einmal genöthigt war, in einer Landesversammlung aufzutreten, so hat es auch für Pflicht erachtet, die allzugrellen Mängel der Verfassung und Gesetze aufzudecken und von seinen Stellvertretern befriedigende Abhülfe zu verlangen. Diejenigen Punkte, über welche die Versammlung einmüthig beschlossen hat, Abhülfe zu begehren, bestehen in folgendem:

1. Dass in Bälde eine gänzliche Revision der Verfassung und der Kantonalgesetze in allen Zweigen überhaupt in Zuzug von Rechtskundigen und Landeskundigen angehoben werde.

2. Dass ein Verfahren gesetzlich werde, wie in Folgezeit die Verfassung nach dem Gesittungsstand und den gemeinen Bedürfnissen zu ändern sei.
3. Dass die jetzt gewünschte Verfassung und alle künftigen organischen Verfassungsänderungen nur nach erhaltener Sanktion des Volkes in den Urversammlungen in Kraft und Wirksamkeit treten sollen.
4. Trennung der Gewalten im Staat in allen Stufen.
5. Pressfreiheit, als stetes Grundgesetz.
6. Öffentlichkeit des grossen Raths-Protokolls und nach dem Lokal bedingte Öffentlichkeit der grossen Raths-Verhandlungen.
7. Das Recht, Beschwerden und Wünsche des Volkes an den grossen Rath zu bringen, oder ein gesetzlich gesichertes Petitions-Recht.
8. Wahl der Amtsstatthalter durch den kleinen Rath, der Gerichtspräsidenten durch das Obergericht. Vorschlag zu Amtsrichterstellen durch Wahl-Korps und periodische Erneuerungen aller dieser Stellen je zu drei Jahren.
9. Freie Wahl der Gemeindrathspräsidenten und Friedensrichter, der Gemeindammänner nach einem Dreyer-Vorschlag der Gemeinden durch den kleinen Rath und periodische Erneuerung dieser Stellen und Vorschläge, je zu drei Jahren.

Mit diesem *bestimmten* Begehren der Verfassungsverbesserung verbindet die Landesversammlung nachfolgende allgemeine Wünsche:

1. Aufhebung des Zunftzwanges.
2. Aufhebung des bisherigen Kasernendienstes und rechts- und zweckmässiger Verlegung der Montierungssteuer.
3. Bedingte frühere Entlassung vom Militärdienst ohne Abbruch der Landesbewaffnung.
4. Verminderung der Getränk-, der Stempel-, so wie der meisten indirekten Abgaben.
5. Aufhebung des Zuchtstieren-Gesetzes.
6. Verschmelzung der Landjägersteuer mit den allgemeinen Staatsausgaben und Verminderung dieses Korps.
7. Aufhebung der Porten- und Kaufhauszölle gegen volle Entschädigung.
8. Berücksichtigung der an verschiedenen Orten allzu lästigen Zehntenbezüge.
9. Gesetzliche Herabsetzung des Zinsfusses von 5 auf 4%.
10. Aufhebung des Jagd-Bannes.

11. Veränderung der jetzigen Advokatur-Ordnung.
12. Gesetzliches Recht der Kirchgemeinden, ihren Seelsorger aus einem Dreyervorschlag nach vorangegangener Probepredigt zu wählen.
13. Spezielle Öffentlichkeit der Staatsrechnung zu Handen der Gemeinden.
14. Gegen die Erleichterung der indirekten Steuern gerechte und richtige Vermögensbesteuerung.
15. Als einer der wichtigsten Wünsche durchgreifende Verbesserung im Schulwesen.

Während der Verhandlungen obiger bestimmter Begehren und allgemeiner Wünsche sind von *einzelnen* Seiten nachfolgende spezielle Bemerkungen und Wünsche ausgesprochen und an die Versammlung begehrt worden, dieselben an unsre hohe Regierung einzureichen:

1. Revision des Loskaufsgesetzes der trockenen und nassen Zehnden und Korporationsrecht, das Zehndenloskaufs-Kapital zu verzinsen.
2. Gesetzliche Regulierung der Ansässengelder.
3. Ein durchgreifendes Gesetz, bezüglich auf Anlegung und Unterhaltung der Strassen und Fusswege.
4. Milderung der Forstordnung, namentlich Sicherung gegen Willkür der Forstbeamten.
5. Da von verschiedenen Seiten Beschwerden gegen das Entstehen von Webmaschinen geführt und bereits Drohungen gegen dieselben ausgesprochen worden sind, so wird der Grosse Rath ersucht, diese Sache an Hand zu nehmen, Experten auszusenden, Untersuchung zu halten, die Klage des Volkes anzuhören und durch eine Bekanntmachung die Anhandnahme dem Publikum anzuzeigen und den Betrieb derselben einzustellen.

Bewogen durch den ruhigen, aber festen Willen des Volkes, jedoch nicht ohne bange Erwartungen, haben die zahlreichen Männer, welche in Uster die Klagen des Volkes einvernahmen, und dasselbe zur Geduld und Ruhe bewogen haben, sich zur Abfassung der vorliegenden Denkschrift entschlossen, welche sie, ohne alle andere Absicht, als dem Vaterlande zu nützen, in den Schooss einer weisen und gerechten Regierung legen, und dabei die Überzeugung auszusprechen wagen, dass nur eine durchgreifende Verbesserung der Verfassung und dauernde Abhülfe der Beschwerden, die von Woche zu Woche grösser werdende Gährung und Unzufriedenheit zu stillen vermögen. Bietet hingegen die hohe Regierung zur Lösung des Wortes, welches obige Männer der Versammlung zu Uster gaben: „Es soll Abhülfe verschafft werden!“ die väterliche Hand, so kann Hochdieselbe neuerdings auf dauerhafte Ruhe, sowie auf die Treue des Volkes zählen und sich auf dessen unwandel-

bare Anhänglichkeit und freudige Hingebung von Gut und Blut in jeder Lage verlassen. Aber so wie sich das Volk früher und an jenem Tage gezeigt hat, ist bestimmt anzunehmen, dass bei der Nichtentsprechung seines Verlangens, es mit dem nämlichen Muthe, aber vielleicht nicht mit der nämlichen Ruhe seine Wünsche wiederholen werde. Zur Überzeugung, wie allgemein der Wunsch von Verfassungs-Verbesserung sei, nehmen jene Männer die Freiheit, von 12,000 anwesenden Bürgern nur einige tausend Unterschriften im Namen der Übrigen beizulegen.

Schliesslich bitten wir Hochdieselben im Namen des Volkes, die Versicherung vollkommener Hochachtung zu genehmigen.

Also unterzeichnet in Zürich, den 24. November 1830.

Im Namen der in Uster versammelt gewesenen, wenigstens zwölftausend Cantonsbürger, die Abgeordneten:

Im Namen und aus Auftrag der ganzen Bürgerschaft Winterthurs:

G.U. Hirzel, Stadtrath.

Troll, Rector.

Rieter, Stadtrath

J. Rudolf Heller, Lehrer an der Stadtschule.

Im Namen der Gemeinde Zollikon, Oberamt Zürich:

Thommann, Major, von Zollikon.

Für die Oberämter Wädenschweil und Meilen (beide Seeufer):

Hiestand, Gemeindeammann.

J. Steffan, Hauptmann.

Johannes Brändlin von Stäfa.

Für das Oberamt Grüningen:

Zollinger, Arzt in Dürnten.

Im Namen der Abgeordneten des Oberamtes Andelfingen:

Dr. Maag in Feuerthalen.

RECENSIONES LIBRORUM SELECTORUM

Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, traduit de l'allemand par Alain Perrinjaquet et Sylvie Colbois, en collaboration avec Alfred Dufour et Victor Monnier, Berne, Stämpfli Editions SA, Bruxelles, Bruylant SA 2006, IV-708 p.

Voici plus d'un siècle Charles Seignobos soulignait l'importance de l'étude de la vie politique suisse : « Il ne faudrait pas mesurer l'intérêt de l'histoire de la Suisse à la taille de son territoire. Ce petit pays tient une très grande importance dans l'histoire des institutions contemporaines de l'Europe. Chaque canton a été un champ d'expériences politiques, et comme chacun combinait d'une façon particulière des conditions différentes de langue, de religion, d'étendue territoriale, de vie économique, les expériences ont été très variées. Il n'est pas possible de décrire ici les agitations, les révolutions, les guerres, les discussions et les révisions de tous les cantons ; mais à quiconque veut comprendre l'évolution des sociétés démocratiques modernes, on doit recommander cette histoire comme le recueil le plus instructif d'exemples pratiques de l'application du principe de la souveraineté des peuples » (*Histoire politique de l'Europe contemporaine. Évolution des partis et des formes politiques. 1814-1896*, Paris, Armand Colin, 1897, p 239).

Alfred Kölz a excellemment effectué la recherche dont Seignobos esquissait les linéaments. Les spécialistes ont bien saisi la qualité et l'utilité de son travail, ainsi que la nécessité de le diffuser largement, d'où également sa traduction en italien (*Le origini della costituzione svizzera. Dibattiti ideologici e scontri politici fino al 1848*, traduction de Emanuele BERNASCONI, préface de Marina MASONI, Locarno, Armando Dadò Editore 1999). Rien d'étonnant à ce que la traduction française ait bénéficié du soutien de diverses fondations et de l'Office fédéral de la culture.

Il est particulièrement heureux de pouvoir rendre hommage à la *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte* (Histoire constitutionnelle de la Suisse contemporaine) d'Alfred Kölz dans le premier numéro de la présente revue. L'*Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne* est la traduction du t. 1^{er}, vol. 1^{er} de la *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne, 1992, XIV-646 p. La version allemande est complétée par un vol. 2 – *Quellenbuch zur Neuere Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende des Alten Eidgenossenschaft bis 1948*, Berne 1992. Vient ensuite le tome 2 en deux volumes : le

vol. 1^{er} s'intitule *Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Berne 2004, p. XXXII-960. On espère que sa traduction verra le jour. Le vol. 2 qui l'accompagne rassemble des sources : *Quellenbuch zur Neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte von 1848 bis die Gegenwart*, Berne 1996, XVIII-576 p. On signale au passage un petit livre d'Alfred Kölz qui éclaire bien l'histoire constitutionnelle suisse : *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. 1789-1798-1848-1998. Historische Abhandlungen*, Coire, Ruegger, 1998, 232 p., avec un intéressant tableau des échanges d'idées entre le vieux continent et le monde anglo-américain.

Le volume traduit qu'on présente ici est divisé en 9 parties : 1^{ère} partie – *Avant l'ère révolutionnaire* (p. 7-63), 2^e partie – *La République helvétique et la Révolution française* (p. 65-71), 3^e partie – *La Médiation* (p. 157-167), 4^e partie – *La Restauration* (p. 169-225), 5^e partie – *La Régénération : la phase libérale de 1830 à 1839* (p. 227-448), 6^e partie – *La réaction conservatrice de 1839 à 1844* (p. 449-504), 7^e partie – *La Régénération : la phase radicale de 1845 à 1847* (p. 505-595), 8^e partie – *La naissance de la Constitution fédérale de 1848* (p. 597-676), 9^e partie – *La question des sources et les perspectives de développement* (p. 675-692). Un plan classique donc, au service d'un contenu profond et original dicté par la continuité constitutionnelle que connaît la Suisse depuis la Régénération : Alfred Kölz s'est fixé pour but d'expliquer les origines de la Suisse actuelle. Celle-ci étant la résultante de multiples facteurs, Alfred Kölz étudie une foule de données : personnes, idées, courants de pensées, événements, expériences cantonales et étrangères. Il les présente dans leurs grandes lignes, puis insiste sur ce que les acteurs de la politique en ont compris et retenu car ce sont leurs convictions qui ont dicté leurs actions. Dès la première partie de l'ouvrage, il initie le lecteur à cette démarche. Sous un titre banal – *La Suisse à la fin de la Confédération* –, le chapitre 1^{er} n'est pas du tout un résumé de l'excellent petit livre de Hans Conrad PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz* (Zurich 1978). Alfred Kölz dépeint l'ancienne Confédération avec les yeux des penseurs et hommes politiques qui entendaient la réformer. De même, le chapitre 2 – *Les nouvelles idées politiques et sociales au XVIII^e siècle* – est une brève présentation de l'Europe éclairée, mais surtout un exposé de ce que les acteurs de la politique suisse en savaient. Par ricochet, cette façon de procéder conduit à réfléchir sur la circulation des idées, sur leur force, sur la formation des dirigeants et leurs aptitudes. Autrement dit, la méthode selon laquelle Alfred Kölz traite un thème induit chez le lecteur quantités de réflexions. Le lien constant entre histoire et droit positif justifie la taille inégale des parties du livre et le rend indissociable du *Droit constitutionnel suisse* de Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER (2^e édition, Berne 2006). Les deux ouvrages ont leur valeur intrinsèque propre,

mais chacune décuple celle de l'autre. La véritable charpente du livre de Kölz est constituée par ses 26 chapitres et leurs paragraphes. Un *Index des noms de personnes et de lieux* aux renvois judicieux facilite la consultation de l'ouvrage. La vie, la formation et les expériences des hommes étant la clé de leurs idées et décisions, l'auteur a eu l'excellente idée de les présenter au fil du livre dans des notices en note lors de leur première occurrence.

La *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte* est fondée sur le dépouillement de très nombreuses archives et une bibliographie aussi abondante que mûrement réfléchie dont on souhaite qu'elle constitue un jour le fond d'une bibliothèque spécialisée. Le travail témoigne d'une grande intelligence servie par une vaste culture et une méthode efficace. L'auteur décroïssonne et combine droit constitutionnel, science politique, histoire des institutions et des idées politiques. Il apporte énormément au lecteur sous une forme compacte et savamment construite. En bon professeur, il le guide constamment en encadrant ses développements avec des présentations de situations, des comparaisons, des synthèses, des bilans, des exposés de problèmes. Le tout est très motivant. L'enthousiasme de Kölz est communicatif. On le retrouve tel qu'on a eu la chance de le connaître et de converser avec lui.

Les études spécialisées qui sont la trame du livre ne font jamais perdre de vue l'évolution générale. Seignobos avait écrit : « La Suisse contemporaine, comme la Belgique, comme les Pays-Bas, est un produit de la Révolution française. C'est la France qui a détruit en Suisse l'ancien régime aristocratique et a préparé l'établissement du nouveau régime démocratique » (*loc. cit.*). Passionné par l'histoire de France, Kölz a approfondi et affiné cette thèse. Il est vrai que l'irruption des troupes du Directoire a irrévérablement cassé l'ancien régime et permis la mise en place des institutions contemporaines, mais la phrase de Seignobos doit être complétée. La Suisse fédérale est le fruit complexe de multiples influences. L'apport français est indéniable, notamment avec des emprunts à la « Constitution girondine » et la « Constitution montagnarde » (p. 83-101, 308, 345). Au passage, le lecteur prend une leçon de politique : des hommes furent assez habiles pour introduire en Suisse des mécanismes juridiques empruntés à un régime de terreur complètement discrédité. Ceci ne doit faire oublier ni l'effervescence des cantons à laquelle d'importants développements sont consacrés (p. 329-595 : droit constitutionnel des cantons, expériences des cantons, spécialement ceux de Lucerne, Vaud, Berne et Genève.), ni les contributions des autres pays, en particulier le « *Great Compromise* » du Connecticut (p. 430, 609-623) et l'adaptation du partage des compétences entre l'Union américaine et les États locaux aux rapports entre la Confédération et les cantons (p. 425-

432, 636, 648-661).

On retient trois grandes leçons, parmi d'autres (p. 675-692), de la savante rétrospective d'Alfred Kölz : la première est qu'une institution étrangère ne peut s'implanter que si elle entre en résonance avec une institution traditionnelle ou, au moins, avec ce que les gens en croient d'un point de vue idéologique ou émotionnel ; la seconde est que la pratique des dirigeants suisses dont témoignent, par exemple, les messages du Conseil fédéral qui accompagnent les projets de loi, de regarder ce qui se fait ailleurs avant de choisir ce qui conviendra au pays correspond à une tradition de prudence fortement ancrée ; la troisième est que la réputation de gens pacifiques soucieux de compromis attribuée aux Suisses doit être nuancée. Leur vie politique est souvent manipulation et violence : des minorités ont imposé irrégulièrement leurs choix à une majorité récalcitrante ou franchement hostile. Le livre le montre clairement. C'est un des mérites de son objectivité.

Cette même objectivité conduit Alfred Kölz à parler, quoique brièvement puisque leur point de vue ne l'a pas emporté, des opposants au mouvement général. Les passages consacrés à la cassure entre, d'une part l'élite libérale et radicale, et, d'autre part, les milieux populaires qui se débattent dans des difficultés économiques méritent attention. Les progressistes se sont appuyés sur les masses pour renverser l'ancien régime. Ils se les sont conciliés en mettant fin à des abus de l'ancien régime tels que les droits féodaux (au sens large) qui les contrariaient aussi (p. 140-142). Ils ont bien vu la nécessité de généraliser une instruction publique guidée par les idées nouvelles pour former des citoyens réfléchis, une main d'œuvre qualifiée, des ingénieurs compétents, etc., mais leurs vues sociales sont restées courtes. C'est une faiblesse des doctrines libérales et radicales. L'opposition des plus démunis, et ils sont nombreux au XIX^e siècle, vient de ce que le progrès se traduit par une aggravation de leur situation. Naturellement, ils réagissent en laissés pour compte (p. 247-256). Cette leçon est toujours à méditer.

On terminera sur une remarque importante : la préface de la traduction française relève à juste titre le caractère citoyen de l'ouvrage. Il n'est pas seulement un manuel destiné à la formation d'étudiants, mais il s'adresse à eux en tant que Suisses de demain. A ce titre, il concerne tous les hommes et les femmes qui s'intéressent au pays, en particulier les responsables politiques et économiques. Sa publication est particulièrement opportune après l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999, qui, en dépit de son appellation, est une révision de la Constitution de 1848, et qui est le signe d'une Suisse, une fois de plus, à la croisée des chemins. Or, une approche historique des grandes orientations est existentielle pour un pays qui n'a ni peuple, ni langue, ni civilisation (*Kultur*) uniques, mais une façon d'être

ensemble qui s'est faite peu à peu en 700 ans (Message du Conseil fédéral du 1.6.1937 *concernant la reconnaissance du romanche comme langue nationale*, FF 1937 II 1).

Prof. Yves Le Roy et Dr Marie-Bernadette Schœnenberger

Silvia Arlettaz, *Citoyens et étrangers sous la République helvétique (1798-1803)*. Préface de Gérard Noirel. Genève, Georg éditeur, 2005, 441 p.

Pascal Delvaux, *La République en papier. Circonstances d'impression et pratique de dissémination des lois sous la République helvétique (1798-1803)*. Préface de François Walter. Genève, Presses d'histoire suisse. 2004, 2 vol.

Nul n'est besoin de présenter ici Silvia Arlettaz, dont nous connaissons tous les différentes contributions historiques notamment celles sur les étrangers en Suisse. Depuis la fin des années 1980, une partie essentielle de son travail est consacrée à ce domaine et nous vaut plusieurs recherches, souvent menées avec son mari, Gérald Arlettaz.

La thèse qu'elle a publiée l'année dernière, si elle reprend ce thème de l'aubain en le confrontant à la citoyenneté helvétique sous la République, va bien au-delà. En effet, Silvia Arlettaz ne se limite pas à une approche doctrinale et institutionnelle, reprenant les principes énoncés par la jeune République touchant le citoyen et l'étranger et les différents statuts constitutionnels et légaux qui en découlent. Son mérite indéniable est de s'être penchée sur leur mise en application. Ce faisant, elle découvre la réalité de cette expérience d'état unitaire centralisé dont les bases généreuses disparaissent lorsqu'il s'agit de les mettre en pratique. A travers le prisme du citoyen et de l'étranger, Silvia Arlettaz nous permet de comprendre tout le fonctionnement de la République helvétique, de même que l'esprit qui y règne.

L'objet de cette vaste étude implique d'abord la description de ce qu'est la République helvétique et le bouleversement qu'elle opère par rapport à l'ancienne Confédération d'avant 1798, avec l'établissement de sa structure d'état et son régime politique - démocratie directe ou indirecte – pour ensuite aboutir à la définition de ce qui est Helvétien et de ce qui ne l'est pas. Ces notions déterminées, l'auteur s'attache à connaître le cadre général dans lequel elles se meuvent c'est-à-dire la Suisse à l'heure de l'Helvétique. Ainsi dans une partie consacrée au *Droit de cité et droits de citoyen*, Silvia Arlettaz s'intéresse entre autres à la condition des Juifs, à la naturalisation des étrangers et à la question de l'assistance des naturalisés indigents. Elle étudie

notamment les conséquences des réformes touchant le droit civil, la liberté de commerce et d'industrie en évoquant par exemple la législation sur le colportage dans les pages qui traitent des *Citoyens et étrangers dans la société civile*. Dans les chapitres sur le *Maintien de l'ordre public et sécurité de l'Etat* qui achèvent cette vaste entreprise, elle analyse les restrictions à la liberté de circulation, la question des passeports, celle de l'émigration politique ainsi que les mesures à l'encontre de populations à risques susceptibles de mettre à mal la jeune République, tels les mendiants, vagabonds, colporteurs, déserteurs et ouvriers itinérants.

La lecture de cette somme importante qui fourmille de renseignements nous donne l'occasion de mieux appréhender les défis qui se posèrent au nouvel Etat et qu'il n'a pas pu relever. Parmi ceux-ci mentionnons son incapacité à établir une incontestable commune politique en ne réussissant pas à dissoudre les anciennes bourgeoisies. A côté de la municipalité qui comprend l'ensemble des citoyens, celles-là vont subsister comme organe chargé de l'administration des biens communaux qui leur appartenaient avant 1798 et dont elles resteront propriétaires. Et ce sont elles qui assumeront la tâche de l'assistance puisque la République helvétique n'en n'aura pas les moyens. C'est sur la base de l'appartenance aux communes bourgeoises de l'ancien régime et des droits qu'elles confèrent à ceux qui, nés en Suisse ne sont pas bourgeois, que se déterminera la citoyenneté helvétique. En conséquence l'Etat unitaire trébuche sur l'ordre communal issu de la vieille Confédération qui en défie le centralisme.

Silvia Arlettaz nous montre encore à travers les constitutions et projets de constitutions, comment une certaine démocratie mise en place en 1798 tend rapidement, pour des raisons politiques et économiques, à s'éclipser en particulier par l'exclusion des citoyens peu fortunés de l'exercice des droits politiques et par l'établissement de critères d'éligibilités qui ont pour objectif d'installer les élites au pouvoir. Après la lecture de cette thèse, nous comprenons mieux pourquoi le modèle issu de la Constitution française du Directoire de 1795, n'a pas exercé dans notre pays une influence décisive, alors que le modèle précédent, celui de la Constitution de l'an I, déterminera, depuis la Régénération, le régime politique qui est encore le nôtre aujourd'hui.

A la lecture des pages rédigées sur la République helvétique, l'on ne peut s'empêcher de faire des rapprochements avec ce que vit la Suisse de nos jours. Ainsi, par exemple, l'embarras des préfets lorsqu'il s'agit d'expulser des "étrangers en situation irrégulière, mais dont la présence n'a pas donné lieu à problèmes."(p. 249). Quant à la naturalisation, l'"intérêt général exige de n'associer que des personnes utiles, dont la valeur a déjà été constatée par la

collectivité locale et qui vont se dévouer durablement à leur nouvelle patrie."(p. 169). Cette notion d'utilité s'insère parfaitement dans l'un des quatre buts que poursuit la Suisse dès ses origines, celui qui a trait au profit, à l'utilité commune, à la prospérité et qui prendra place à l'article 4 de la Constitution fédérale de 1848. De la sorte, on peut remarquer que la rupture de la République helvétique d'avec la Confédération de l'ancien régime n'est pas aussi considérable qu'on veut bien le croire.

La thèse de Silvia Arlettaz est remarquable sous plusieurs aspects et en outre, elle est un passionnant préambule à l'histoire de la Suisse moderne, en raison des nombreuses questions qui se posent durant l'Helvétique et qui ne seront résolues que sous l'Etat fédéral. Grâce à Silvia Arlettaz une page décisive d'une histoire peu aimée et donc peu connue, nous est désormais accessible.

Pascal Delvaux est, lui aussi, un chercheur tenace, passionné par la période de la République helvétique, en particulier par toutes les publications officielles que cet Etat a produites en Suisse. Dans l'univers des bibliothèques et archives de notre Confédération, point n'est besoin de présenter ce collaborateur du département d'histoire générale de la Faculté des lettres de l'Université de Genève car, depuis plusieurs années, il les fréquente avec assiduité et souvent fait appel à leurs responsables scientifiques pour des questions précises relevant de son domaine de prédilection.

*La République en papier*¹ est le résultat intermédiaire d'une recherche importante dont l'étape finale devrait conduire son auteur au doctorat. Dans le premier volume, Pascal Delvaux s'attache à comprendre les moyens utilisés par la République helvétique pour assurer la diffusion de sa loi. «*Juris ignorantia non prodest ...*» (D. 22. 6. 7): comment, de la sorte, faire connaître aux citoyens ces sources formelles du droit émanant de ce tout nouvel Etat unitaire centralisé, comment en assurer la diffusion dans cette Suisse «révolutionnée» qui réunit par la force, des entités territoriales qui diffèrent entre elles par de nombreux facteurs, en particulier par l'usage de trois langues différentes? Le lecteur découvrira, à travers l'analyse détaillée de l'auteur, les différentes phases nécessaires à la mise en œuvre du principe de la publicité des lois. C'est par le biais d'affiches et par le fameux *Bulletin des loix* de la République helvétique que ses citoyens connaissent désormais le droit. Nous apprenons de la sorte la manière dont s'organise cette diffusion dans les régions alémanique, francophone et italophone, avec les

¹ Les lignes consacrées à l'étude de P. Delvaux ont, pour l'essentiel, la même teneur que celles que nous avons adressées à la Revue suisse d'histoire pour le vol. 55, 2005, n° 4, pp. 472-473.

conséquences que la guerre peut avoir sur celle-ci. A ce propos, l'auteur nous fait remarquer que l'usage de l'écrit n'exclut pas le recours à la lecture des lois promulguées, soit en chaire soit sur les places publiques, ce qui, en raison du nombre de textes législatifs, a pourtant l'inconvénient de fatiguer l'auditoire. En outre, l'étude de Pascal Delvaux nous éclaire sur les difficultés de toute cette entreprise, entre autres la question de ses coûts.

Dans ce domaine également, nous constatons que la disparition de la République helvétique ne met pas pour autant fin à la volonté qui s'était manifestée à cette époque de collationner les textes officiels. Ainsi, à partir de la Médiation de 1803, plusieurs Cantons se doteront de bulletins ou de recueils de lois. Le mouvement ayant été lancé sous l'Helvétique aboutira, avec la création de l'Etat fédéral, au *Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse* ainsi qu'à la *Feuille fédérale*, publiés dans les trois langues du pays.

Le second volume est pour l'essentiel un instrument de travail précieux pour les spécialistes travaillant sur cette période. En effet, l'auteur nous présente systématiquement, du 12 avril 1798 au 22 mars 1803, dans une *table chronologique*, toutes les sources directes du droit promulguées par les différents organes de la République et publiées dans les recueils allemand (*Helvetische Sammlung*), français (*Recueil helvétique*), et italien (*Raccolta elvetica*). A cela s'ajoute une table alphabétique comprenant mots clefs, noms propres et noms de lieux, laquelle permet aux chercheurs de retrouver la loi au sens large qui y fait référence dans le *Recueil helvétique*. Enfin, Pascal Delvaux nous offre une *table de concordance* de tous les actes du Recueil helvétique en les renvoyant aux neuf premiers volumes de la publication des Actes de la République helvétique (*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik 1798-1803*), gigantesque opération conduite par Johannes Strickler, à la fin du XIXe début du XXe siècle. Ainsi le lecteur peut-il, en feuilletant ces tables, se rendre compte de ce qui constitue la législation de la République helvétique et constater notamment que la Constitution du 12 avril 1798 est la grande absente: en effet, elle ne figure dans aucun de ces trois recueils.

Nous savons gré à Pascal Delvaux de cette contribution indispensable à l'histoire de la République helvétique. Sa recherche, qui comble une lacune dans l'historiographie de cette époque charnière de la Suisse, nous donne l'occasion d'apprécier ses qualités d'historien, de bibliomane et de bibliographe.

V.M.

Adolf Rohr, *Philipp Albert Stapfer, Minister der Helvetischen Republik und Gesandter der Schweiz in Paris 1798–1803, Beiträge zur Aargauer Geschichte*, Bd. 13, Baden: Verlag für Kultur und Geschichte 2005, 463S.

Das anzuzeigende Buch setzt die 1998 vom selben Autor veröffentlichte Studie über das Leben Philipp Albert Stapfers von 1766 bis 1798 (Bern 1998) fort. Der nun vorliegende – allerdings nicht als solcher gekennzeichnete – zweite Teil behandelt Stapfers politische und diplomatische Tätigkeit während der unruhigen Jahre der Helvetik (1798–1803). Die spätere Zeit, von 1803 mit dem Abschied aus dem öffentlichen Leben und dem Rückzug nach Frankreich bis zu seinem Tod 1840, würde gut in einen dritten Band passen; es wäre erfreulich, wenn sich der Autor zu dieser Vollendung von Stapfers Biographie entschliessen könnte.

Die sechs für Stapfer und noch mehr für die Schweiz entscheidenden Jahre der Helvetik verdienen es unbedingt, in einem eigenen Band behandelt zu werden. Denn noch immer hat die Geschichtsforschung eine grosse Scheu, diese Zeit zum Gegenstand ihrer Tätigkeit zu machen, wie das Carl Hilty schon 1873 feststellte und wie es noch immer gilt. Die Zurückhaltung erstreckt sich auch auf die handelnden Personen, und damit gerade auch auf Minister Stapfer. Am 10. September 1966 wurde zwar sein 200. Geburtstag gefeiert und Bundesrat H. P. Tschudi hielt die Festrede. Gleichwohl konnte sich Stapfer nicht als ein „Nationalheiliger“ wie etwa Pestalozzi durchsetzen. Das liegt nicht an ihm, sondern an der Zeit von 1798–1803, die in den Augen der Nachgeborenen wenig ruhmreich war.

Die Darstellung ist in die Zeit von 1798 bis 1800 (Stapfer als Erziehungsminister) und 1800 bis 1803 (Stapfer als Gesandter in Paris) unterteilt. In beiden Zeitabschnitten hatte Stapfer Bedeutendes geleistet. Als Erziehungsminister hatte er es unternommen, im Sinne des Erziehungs- und Bildungsideals von Condorcet in der Helvetischen Republik ein Bildungssystem einzurichten. Der Autor legt die Auffassungen von Stapfer prägnant und anhand der Chronologie dar. Als eigentliches Kernstück muss Stapfers Rede vom 20. Januar 1799 am damaligen Regierungssitz Luzern zur Eröffnungssitzung des Erziehungsrates angesehen werden (Abdruck im Anhang S. 393 ff., Erläuterungen S. 72 ff.). In seiner Rede kommt die zentrale Bedeutung von idealistischen Vorbildern zum Ausdruck. Dabei sollten der geistige Wert des Menschen höher geschätzt werden als seine Güter, und die Träger der Bildung sollten vom Gefühl des unschätzbaren Menschenwertes durchdrungen

sein. In einer solchen Anlage könnten „Vorbilder, die man für den Gebrauch des gebildetsten und edelsten Teils einer Nation entwirft, unmöglich klein und schwach ausfallen!“ (S. 75).

Angesichts der erforderlichen Vorbilder für Stapfers Erziehungsprogramm stellt sich unweigerlich die Frage, ob Stapfer nicht notwendigerweise Heinrich Pestalozzi mit der Umsetzung seiner bildungspolitischen Ziele hätte vertrauen müssen. Ein früherer Kontakt war misslungen, aber später förderte Stapfer durchaus die Ideen von Pestalozzi. Die beiden Männer achteten einander hoch (S. 84). Allerdings kam es nicht zu einer formellen Zusammenarbeit oder gar zu einem Auftrag an den Pädagogen, ein Helvetisches Erziehungswesen zu errichten. Rohr erliegt dem erst viel später eingetretenen Pestalozzi-Kult, der aus Pestalozzi und nicht etwa aus Stapfer einen Nationalheiligen gemacht hat – ein Idol, das weit vom Leben des realen Pestalozzi entfernt war. Pestalozzi war eben viel geeigneter, zunächst inhaltlich entleert, dann zu einer Kultfigur erhoben und schliesslich als Figur des nationalen Zusammenhalts instrumentalisiert zu werden als der Helvetiker Stapfer. Der Ruhm Pestalozzis wurde erst nachträglich geschaffen, und dies nicht ohne Absicht. Es ist dabei nur an die riesige Pestalozzifeier vom 10. und 11. Januar 1896 zu erinnern, die in der ganzen Schweiz mit Glockengeläute begangen und bei der eine Gedenkschrift an die Schüler verteilt wurde. Historisch gesehen war es hingegen keineswegs notwendig, dass Stapfer die Qualitäten Pestalozzis hätte nutzen müssen. Pestalozzi und Stapfer bewegten sich im realen historischen Kontext auf ganz unterschiedlichen Ebenen.

Im zweiten Teil des Bandes wird die äusserst wichtige Mission Stapfers in Paris geschildert. Kaum mehr bekannt ist heute, dass es Stapfer etwa gelang, die Annexion des Wallis durch Frankreich zu verhindern. Er spielte auch bei der Neubildung der Schweiz im Zuge der Consulta zu St. Cloud eine bedeutende Rolle als Vermittler unter den Kantonen (S. 320 ff.). Stapfer war insofern ein Vorläufer von Johann Conrad Kern (1808–1888), der zuerst als Thurgauer Tagsatzungsabgeordneter einen bedeutenden Einfluss auf die Umgestaltung des Bundes 1847/48 nahm, die Schul- und Universitätsbildung förderte und von 1857–1883 in den Fussstapfen Stapfers als bevollmächtigter Minister in Paris lebte und wirkte.

Der Band wird durch verschiedene Schriften und Reden Stapfers abgeschlossen, die im Wortlaut abgedruckt werden (S. 386 ff.). Die Benutzung des Bandes wird durch ein sorgfältiges Personen- und Ortsregister erleichtert.

Beim vorliegenden Band handelt es sich um eine wertvolle Studie über die politisch wichtigste Zeit Stapfers. Es ist verdienstvoll und erhellend, dass Adolf Rohr sich dieser noch immer zu wenig erforschten Periode angenommen hat. Er ist von einer engagierten Sympathie für Stapfer getragen. Das ermöglicht eine Nähe zur Person, die dem gleichgesinnten Leser die Lektüre

noch angenehmer macht. Andererseits ist Distanz in der Geschichtsforschung immer auch eine Tugend, die Übersicht verschafft. Dass der Autor die erste Variante gewählt hat, kann ihm freilich nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es handelt sich um eine hervorragende, gut dokumentierte und allen wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Arbeit, die auf Jahrzehnte einen festen Platz in der Stapfer-Forschung einnehmen wird.

A.K.

Benjamin Adler, *Die Entstehung der direkten Demokratie. Das Beispiel der Landsgemeinde Schwyz 1789–1866*, Verlag Neue Zürcher Zeitung, Zürich 2006, 358 Seiten, 28 Abbildungen.

Die historische Wissenschaft hat in den vergangenen Jahrzehnten mit der politischen Geschichte auch und besonders die direkte Demokratie vernachlässigt. Umso erfreulicher, dass sich das von Martin Schaffner und Andreas Suter geleitete Nationalfonds-Projekt «Direkte Demokratie in der Schweiz (1789–1872/74): Voraussetzungen, Träger und Durchsetzung einer Verfassungsinstitution in international vergleichender Perspektive», aus dem unter anderem die hier zu besprechende Dissertation von Benjamin Adler hervorgegangen ist, des Themas angenommen hat.

Trotz einiger Erfolge bei der weltweiten Verbreitung direktdemokratischer Einrichtungen – in der jüngsten Vergangenheit etwa in den neuen Demokratien Mittel- und Osteuropas – stellt die (halb)direkte Demokratie als Staatsform nach wie vor einen Sonderfall dar. Ein umfassendes direktdemokratisches Instrumentarium kennen gegenwärtig neben einer Vielzahl der Gliedstaaten der amerikanischen Union nur Bund und Kantone der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Es liegt also auf der Hand, den Fragen nachzugehen, wie und wieso sich gerade bei uns dieses Verfassungsmodell durchgesetzt hat. Benjamin Adler hat sich die Beantwortung dieser Fragen vorgenommen. Sie erfolgt in Auseinandersetzung mit zwei bisherigen, sich widersprechenden Erklärungsmodellen: Der «Diskontinuitätsthese» des verstorbenen Zürcher Staatsrechtlers und Verfassungshistorikers Alfred Kölz und der «Kontinuitätsthese» beziehungsweise dem Kommunalismuskonzept des Berner Historikers Peter Blickle. Adler hält beide Theorien sowohl in methodischer als auch in inhaltlicher Hinsicht für untauglich. Er vermisst bei ihnen vor allem die «Innenperspektive der Akteure» und vertritt folgende These (S. 11): Nehme man die «Sichtweise der Betroffenen» ernst, «korrigier[e] sich das Bild von der Genese der direkten Demokratie in der Schweiz markant». Nicht Kontinuität oder Bruch kennzeichneten die hiesige Verfassungsentwicklung beim Übergang von der Vormoderne zur Moderne, sondern «ein

Mittelweg, das Nebeneinander ganz zentraler Brüche und Kontinuitäten». Die direkte Demokratie verdanke ihre Entstehung der «Verschmelzung zweier unterschiedlicher politischer Kulturen, der im Spätmittelalter verwurzelten, versammlungsdemokratisch geprägten Kultur der Landsgemeinden mit der liberal-repräsentativen», die sich in der Schweiz im Gefolge der Französischen Revolution auszubreiten begonnen habe. Adler versucht nun, seine These am Beispiel des Kantons Schwyz, des grössten der ehemaligen Inner-schweizer Landsgemeindeorte, zu erhärten. Zu diesem Zweck hat er vor allem Quellen ausgewertet, die «Öffentlichkeit herstellen bzw. die öffentliche Meinung zu beeinflussen oder repräsentieren suchen» (S. 14). Es handelt sich dabei hauptsächlich um Protokolle der Lands-, Bezirks- und Kreisgemeinden, gedruckte Flugblätter und Broschüren sowie Zeitungen. Ferner hat er Eidformeln, wichtige Entscheide und Gesetze und ergänzend auch vereinzelte «private» Zeugnisse berücksichtigt.

Methodisch orientiert sich Adler an der historischen Semantik, genauer an der «Begriffsgeschichte». Die «semantischen Felder», die er erschliessen will, gruppieren sich grob um die Begriffe Demokratie, Freiheit, Rechtsgleichheit, Religion, Erbe/Pfad, Souveränität, Verfassung, Wohlfeilheit/Einfachheit und Tugend (S. 13). Der Aufbau der Arbeit folgt in Anlehnung an den französischen Historiker Pierre Rosanvallon beziehungsweise an Martin Schaffner «historischen Knoten», um die herum «neue politische und soziale Rationalitäten» (S. 12) entstanden. Dieses Vorgehen hat eine Dreiteilung der Untersuchung zur Folge, wobei die einzelnen Abschnitte zu den «Knoten» 1797/98, 1830–1838 und 1847/48 (mit Erweiterung bis 1866) ihrerseits wiederum in Problembereiche oder eben «semantische Felder» zerfallen, die zwangsläufig starke zeitliche und inhaltliche Überschneidungen aufweisen. Der Dissertation sind ein umfangreiches, mit zahlreichen Anmerkungen versehenes Nachwort von Andreas Suter unter dem Titel «Direkte Demokratie – historische Reflexionen zur aktuellen Debatte» sowie ein ausführlicher wissenschaftlicher Apparat beigelegt. Es lohnt sich, die Anmerkungen zu studieren, deren gewichtiger Inhalt oft eine Platzierung im Haupttext gerechtfertigt hätte. Viele und ausführliche Quellenzitate und zahlreiche Illustrationen lassen ein authentisches Bild der Epoche entstehen.

Besonders wirkungskräftig war im Kanton Schwyz seit alters der Gedanke, sich an die Vorgabe der Vorfahren halten und sich deshalb bedingungslos für den Status quo einsetzen zu müssen; er findet sich, so Adler, unzählige Male in den Quellen von 1797/98. Die Erhaltung des Status quo verstanden die Schwyzer als «heilige Pflicht», die im Befreiungsmythos wurzelte, dessen eigentlicher Kern wiederum der römisch-katholische Glaube war: Gott hatte ihre Vorfahren im Spätmittelalter aufgrund des vorbildlichen christlichen Lebenswandels von jeglicher weltlichen Herrschaft befreit. Solange sie sich in den Fussstapfen der Ahnen bewegten, befanden sie sich in Gottes Gunst

und vermieden Bestrafung. Diese Vorstellung prägte auch die Auseinandersetzungen um die Rechtsgleichheit, das Kardinalproblem des Kantons Schwyz im Untersuchungszeitraum. Das konfliktreiche Verhältnis des «alten Landes» beziehungsweise Bezirks Schwyz zu den äusseren Bezirken hatte zweimal sogar eine vorübergehende Kantonsteilung zur Folge. Zunächst prägte noch das altständische Denken die Beziehung zwischen Herrschenden und Beherrschten. Wenn die Beisassen und Untertanen im Frühling 1798 zu Landleuten erhoben wurden, so entsprach dies zwar einer mit militärischem Nachdruck erhobenen Forderung Frankreichs und einem Postulat der modernen Demokratie, blieb konzeptionell aber etwas ganz anderes, da diesem Vorgang die Idee der gleichen Freiheit, nicht diejenige der Rechtsgleichheit zugrunde lag. Anders als nach der Menschenrechtsidee gehörten Freiheit und Rechtsgleichheit nicht zwingend zusammen und bedingten einander nicht. Freiheit war ein auf Leistung beruhendes Privileg, das seinen Ursprung im Befreiungsmythos hatte. Die alten Landleute waren die Nachkommen der spätmittelalterlichen Freiheitshelden, die Ausserschwyzler nicht. Mochten sie sich 1798 im Kampf gegen das übermächtige Frankreich Verdienste erworben haben, welche die Beteiligung am Privileg rechtfertigten, so waren sie eben nicht Urheber, sondern lediglich Nutzniesser dieses Privilegs und «profitierten» sozusagen von der «Vorleistung» anderer: Eine Vorleistung, die sich das alte Land entschädigen liess, wenn es aufgrund seiner höheren Würde mit dem Ende des napoleonischen Zeitalters eine überproportionale Vertretung in den Räten für sich in Anspruch nahm und die ehemaligen Untertanen von der politischen Mitsprache faktisch weitgehend ausschloss. Die Menschenrechtsidee hatte noch bis 1830 keine mit diesem überlieferten Freiheitsbegriff vergleichbare Wirkungskraft. Erst ab Mitte Dezember 1830 mischte sich der hergebrachte mit dem auf dem Naturrecht fussenden Freiheitsbegriff. Ab Juni 1831 fiel die altrechtliche Argumentation ganz weg, und mit der Kantonsverfassung von 1833, welche die Rechtsgleichheit zum Grundprinzip erklärte, verschwand die altrechtliche Vorstellung von der Freiheit als Privileg endgültig. Das bestehende politische System wurde im liberalen Sinn umgebaut oder umgedeutet und legitimiert. Aufgrund der Wahlkreisgeometrie war das politische Übergewicht des alten Landes gleichwohl noch nicht gebrochen. Dies führte zusammen mit einem Streit um die Nutzungsrechte der Korporationen in den dreissiger Jahren des 19. Jahrhunderts zu grossen Spannungen und bisweilen bürgerkriegsähnlichen Zuständen zwischen den Bewohnern der äusseren Bezirke und liberalen Kräften einerseits und den alten Landleuten und konservativen Kräften anderseits. Erst nach der Niederlage des Kantons Schwyz im Sonderbundskrieg von 1847 war das alte Land bereit, mit der Kantonsverfassung von 1848 die letzten Hindernisse auf dem Weg zur Rechtsgleichheit zu beseitigen. Die Frontstellung Innerschwyz – Ausserschwyz machte nun einem bezirksunabhängigen Wettbewerb der politischen Gruppierungen Platz.

Nach dem Gesagten erstaunt es nicht, dass auch das Demokratieverständnis noch lange vom Befreiungsmythos geprägt war, galt doch die kantonale Souveränität und damit auch die Versammlungsdemokratie als unverzichtbarer Bestandteil der ererbten Freiheit. Demokratie bedeutete vor allem, dass sämtliche Wahlbefugnisse bei der Landsgemeinde lagen; indirekte Wahlen standen schon sehr im Geruch des «Aristokratischen». Ein weiteres konstitutives Element war die Entscheidungsbefugnis der Landsgemeinde in den wichtigsten Sachfragen. Für die Landsgemeindeorte bedeutete die repräsentative Demokratie der verhassten Helvetischen Verfassung von 1798 deshalb eine Verringerung der demokratischen Rechte – einer der Gründe, weshalb hier der Widerstand gegen die Helvetische Republik so heftig ausfiel. Vor einer «zweiten Helvetik» fürchteten sich dann im Zusammenhang mit der Bundesrevision in den dreissiger Jahren des 19. Jahrhunderts im Kanton Schwyz sämtliche politischen Gruppierungen. Auch für die Ablehnung des Bundesstaates von 1848 war dessen repräsentativ-demokratische Verfassung von entscheidender Bedeutung. Der Landsgemeindegedanke war im Kanton Schwyz damals immer noch lebendig, auch wenn mit der Kantonsverfassung von 1848 die Kantonslandsgemeinde abgeschafft wurde, weil der Kreis der Teilnahmeberechtigten zu gross geworden war. Die Versammlungsdemokratie blieb aber in dezentralisierter Form erhalten.

Diese Forschungsergebnisse, die hier nur kurz umrissen werden konnten, sind ausserordentlich interessant und wertvoll. Dennoch besteht ein grundlegendes Problem, das schon im Buchtitel offensichtlich wird: «Die Entstehung der direkten Demokratie» am «Beispiel der Landsgemeinde Schwyz» aufzuzeigen, impliziert, dass die Entwicklung einer Landsgemeindedemokratie – und dazu noch eines in mancherlei Hinsicht bis heute eigentlichen staatsrechtlichen Sonderfalls wie des Kantons Schwyz – die Entstehung der direkten Demokratie umfassend zu erklären vermag. Dem ist aber selbstverständlich nicht so. Aus dieser Erkenntnis heraus ist wohl das umfangreiche Nachwort Suters entstanden, das die Fallstudie in einen grösseren Zusammenhang stellt. Es zieht insbesondere die innerhalb des gleichen Nationalfonds-Projekts gewonnenen Forschungsergebnisse zum Kanton St. Gallen vergleichend heran, um aus den Befunden in den exemplarisch untersuchten Fällen allgemeingültige Schlüsse zu ziehen und die Unterschiede zwischen der schweizerischen und der europäischen Entwicklung zu erklären. Doch auch bei Suter, dessen teilweise ungewohnte Demokratie-Terminologie übrigens das Verständnis nicht erleichtert, vermisst zumindest der Verfassungshistoriker eine systematische Untersuchung der Herkunft und Entwicklung der für das heutige Verständnis der direkten Demokratie gleichsam «konstitutiven» Instrumente Initiative und Referendum. Diese Frage kann nicht ohne aufwändige Text- und Strukturvergleiche verschiedener Verfassungstexte beantwortet werden. Im Zusammenhang mit quellengestützter Rezeptionsforschung müsste eine Ver-

schmelzung, Verbindung oder gegenseitige Durchdringung altrechtlicher und naturrechtlicher Vorstellungen im Einzelnen nachgewiesen werden. Das in öffentlichen Quellen zum Ausdruck kommende politische Selbstverständnis der handelnden Personen allein vermag die Entstehung der direkten Demokratie eben gerade *nicht* ausreichend zu erklären. Die «Verschmelzungstheorie», die sich Adler in Bezug auf die Entstehung der direkten Demokratie zu erhärten vorgenommen hat, bleibt denn in der Darstellung auch recht unscheinbar im Hintergrund und taucht eher überraschend am Schluss (S. 211 ff.) noch einmal auf. Obwohl aufgrund der Lektüre der Dissertation leicht der Eindruck entstehen könnte und Suter dies im Nachwort (S. 222) sogar ausdrücklich behauptet, ist dieses Erklärungsmodell übrigens keineswegs neu. Es ist vielmehr schon vor Jahrzehnten und von unzähligen Forschern vertreten worden (und nicht unangefochten geblieben), so etwa von Fritz Fleiner in seiner berühmten akademischen Antrittsrede von 1916, in der er ausführte: «Aus der Verschmelzung dieser [altgermanischen Rechts-] Gedanken [der Landsgemeinde und des föderativen Gemeindereferendums] mit der Theorie Rousseaus» sei «der schweizerische Staat der Gegenwart, die *reine Demokratie*, hervorgegangen».² Viele der Aussagen Adlers in Bezug auf die «Transformation» der Landsgemeindedemokratie sind überdies gar nicht so weit von der Kölz'schen «Verdrängungstheorie auf dem Boden besonders günstiger Rezeptionsvoraussetzungen»³ entfernt. Wenn Adler schreibt (S. 212), der «seit Jahrhunderten bestehenden [...] Versammlungsdemokratie» sei «gleichsam ein liberales Fundament unterlegt» worden, so stützt dies die «Verdrängungstheorie» eher, als das es sie in Frage stellt. Letzterer geht es darum, zu zeigen, dass die auf das naturrechtlich-revolutionäre, individualistisch-egalitäre Rechtsdenken zurückgehenden modernen staatsrechtlichen Einrichtungen das alte Staatsrecht, wie es vor dem «liberalen Umbau» etwa in genossenschaftlich-versammlungsdemokratischer Form im Kanton Schwyz bestand, sukzessive verdrängt haben. Der bei Adler und Suter in dieser Frage spürbare bilderstürmerische Drang ist angesichts der vorliegenden Forschungsergebnisse jedenfalls kaum nachvollziehbar. Auch Suters Behauptung (S. 265), es gehe der Argumentationsfigur der «Verdrängungstheorie» darum, «der direkten Demokratie jede Fundierung in der Geschichte zu nehmen und sie damit in grundsätzlicher Weise für jegliche Veränderung

² Fritz Fleiner, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Zürich 1916, S. 8, auch abgedruckt in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 163–180, 167. Einen Überblick über die einschlägige Literatur bieten Alois Riklin/Silvano Möckli, Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 1, Bern/Stuttgart 1983, S. 9–118, 40.

³ Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Band I, Bern 1992, S. 627 ff.

bis hin zur Abschaffung disponibel zu machen», ist eine unnötige Dramatisierung, der überdies jede sachliche Grundlage fehlt.

Trotz dieser grundsätzlichen Vorbehalte und einiger kleiner Ungenauigkeiten – so war etwa der «Züriputsch» von 1839 kein radikaler, sondern ein konservativer Umschwung, und der Sonderbundskrieg ereignete sich nicht 1848, wie Suter im Nachwort konsequent schreibt, sondern 1847 – handelt es sich um ein sehr lesenswertes Werk, das eindringlich zeigt, wie innerhalb eines halben Jahrhunderts die Umgestaltung einer altrechtlichen Vorstellung von verhafteten Landsgemeindedemokratie in ein modernes, individualistisch-egalitäres Staatswesen gelang.

Dr. Stefan G. Schmid

Patrick Müller, *Das gescheiterte Wiedervereinigungsverfahren der Halbkantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt. Die Probleme bei der Gewährleistung politischer Normen von Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung, dargestellt anhand der Basler Wiedervereinigungsartikel*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München 2004, 245 S.

Was lange für nicht möglich gehalten wurde, ist bereits Vergangenheit: Die Sowjetunion ist zusammengebrochen und selbstständige Staaten sind aus ihr entstanden; der Warschaupakt ist aufgelöst und ehemalige Mitgliedstaaten sind Mitglieder der NATO und der Europäischen Union; das Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik gehört zur Bundesrepublik Deutschland; wo einst Jugoslawien war, existiert heute eine Anzahl selbstständiger Staaten; die Menschen in Südafrika werden nicht mehr nach Hautfarben getrennt.

In einer Zeit, die derartige Umwälzungen welthistorischen Ausmasses erlebt hat, ist es im Vergleich und im Rückblick kaum zu glauben, dass eine um vieles einfachere Möglichkeit ohne die geringste welthistorische Bedeutung nicht Wirklichkeit geworden ist: dass nämlich die 1833 aus dem Kanton Basel entstandenen beiden Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sich nicht wieder zum Kanton Basel vereinigt haben. Dieser Nicht-Verwirklichung einer Möglichkeit geht Patrick Müller in seiner an der Juristischen Fakultät der Universität Basel eingereichten rechtshistorischen Dissertation "Das gescheiterte Wiedervereinigungsverfahren der Halbkantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt" nach. Entsprechend dem Untertitel "Die Probleme bei der Gewährleistung politischer Normen von Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung, dargestellt anhand der Basler Wiedervereinigungsartikel" gibt er dabei breiten Raum der Darstellung der Debatten, die in der Bundesversammlung geführt wurden, als es darum ging,

die Bestimmungen der kantonalen Verfassungen zu gewährleisten, die in den beiden Kantonen die verfassungsmässigen Grundlagen für das Verfahren zur Wiedervereinigung bilden sollten.

Da es nicht um die Vereinigung zweier Kantone geht, die nie etwas miteinander zu tun gehabt haben, sondern um die Vereinigung zweier aus einem einzigen Kanton entstandenen Kantone zu wiederum einem einzigen Kanton, muss der Autor zunächst im Abschnitt "II. Die Teilung des Kantons Basel" darstellen, wie aus einem Kanton zwei Kantone entstanden sind. Er beginnt mit der Situation im Kanton Basel um 1814 / 1815, fragt nach den Ursachen für die Basler Wirren und beschreibt die Kantonstrennung in überschaubaren einzelnen Phasen mitsamt den verschiedenen Interventionen der Tagsatzung. Nachdem so mit der Trennung die Voraussetzung für die Wiedervereinigung beschrieben ist, geht es im III. Abschnitt um "Die Einfügung der Wiedervereinigungsartikel in die Kantonsverfassungen". In diesem Abschnitt wird gezeigt, wie am 2. Juni 1933 in beiden Kantonen gleichlautende Volksinitiativen eingereicht wurden mit dem Begehren, dass die beiden Halbkantone sich wieder zu einem einzigen Kanton Basel vereinigen unter Wahrung von fünf Grundsätzen, deren erster lautete, dass die Verwaltung der Einwohnergemeinde Basels von derjenigen des Kantons getrennt wird und den weiteren Begehren, dass Bestimmungen in die Verfassungen der beiden Halbkantone aufgenommen werden über die Wahl eines gemeinsamen Verfassungsrates, über die Ausarbeitung einer Verfassung für einen Kanton Basel durch denselben und über die Vorlage dieser Verfassung vor die Stimmberechtigten der beiden Kantone. Der Weg, den die Volksinitiative im Kanton Basel-Stadt bis zur Annahme des neuen § 58 der baselstädtischen Kantonsverfassung über die Wiedervereinigung durch die Stimmberechtigten am 2. Oktober 1938 genommen hat, wird auf 4 Seiten beschrieben. Demgegenüber beansprucht die Beschreibung des Weges, den die Initiative im Kanton Basel-Landschaft bis zur Annahme des neuen § 57^{bis} der basellandschaftlichen Kantonsverfassung über die Wiedervereinigung am gleichen 2. Oktober 1938 genommen hat, 23 Seiten. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft hielt die Volksinitiative zunächst für unzulässig und wollte die Stimmberechtigten gar nicht darüber abstimmen lassen. Erst eine dagegen erhobene und vom Bundesgericht am 21. Juni 1935 gutgeheissene staatsrechtliche Beschwerde ermöglichte im Kanton Basel-Landschaft die Volksabstimmung vom 23. Februar 1936, worauf am 7. Juni 1936 ein Verfassungsrat gewählt werden konnte, der den Wortlaut des neuen § 57^{bis} der basellandschaftlichen Kantonsverfassung beschloss, über den der Regierungsrat die Abstimmung auf den 2. Oktober 1938 ansetzte, wogegen aber wiederum eine staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben wurde, auf welche dieses aber diesmal mit Entscheid vom 16. September 1938 nicht eintrat.

Änderungen der Kantonsverfassungen müssen der Bundesversammlung vorgelegt werden. Die Bundesversammlung hat darüber zu entscheiden, ob sie die neuen Verfassungsbestimmungen gewährleistet oder nicht. Das Gewährleistungsverfahren dauert in der Regel ein paar Monate. Im Falle der Verfassungsbestimmungen der beiden Basel über die Wiedervereinigung dauerte es von 1938 an 22 Jahre, bis im Jahre 1960 der Nationalrat und der Ständerat beschlossen, die Bestimmungen zu gewährleisten. Dieses lange Gewährleistungsverfahren wird im Abschnitt "IV. Die Gewährleistung der Wiedervereinigungsartikel durch die Bundesversammlung" dargestellt. Dabei wird gezeigt, dass die Bundesversammlung im Rahmen des Gewährleistungsverfahrens an einer neuen kantonalen Verfassungsbestimmung eine Rechtskontrolle vornimmt und die Gewährleistung erteilt, wenn die Vorschriften des Art. 6 Abs. 2 lit. a. bis c. der Bundesverfassung von 1874 erfüllt sind, d.h. wenn die kantonale Verfassung mit dem Bundesrecht übereinstimmt, wenn die Staatsform des betroffenen Kantons republikanisch ist und wenn die Verfassung vom Volk angenommen worden ist und geändert werden kann, wenn die Mehrheit der Bürger es verlangt. Die beiden neuen Verfassungsbestimmungen waren schon zwei Monate nach ihrer Annahme durch die jeweiligen Stimmbürger von den jeweiligen Regierungen am 3. Dezember 1938 der Bundesversammlung vorgelegt worden, wobei auffällt, dass der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft einen langen Kommentar dazu abgab, während der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt den Antrag stellte, den neuen § 58 der baselstädtischen Kantonsverfassung zu gewährleisten. Viele Rechtsgelehrte äusserten sich dazu. Während des Zweiten Weltkrieges geschah nichts. In seiner Botschaft vom 17. März 1947 beantragte der Bundesrat der Bundesversammlung, dem § 58 der baselstädtischen und § 57^{bis} der baselandschaftlichen Verfassung die Gewährleistung zu erteilen. Die vorberatende Kommission des Ständerates beantragte, die Gewährleistung nicht zu erteilen. Rechtsgelehrte äusserten sich; ebenso Befürworter und Gegner der Wiedervereinigung. Am 10. Dezember 1947 erteilte der Ständerat die Gewährleistung nicht. Die vorberatende Kommission des Nationalrates beantragte dem Nationalrat die Erteilung der Gewährleistung unter Vorbehalt. Der Nationalrat erteilte aber die Gewährleistung am 10. März 1948 ebenfalls nicht.

Als ein Grund für die Nichterteilung der Gewährleistung wurde in den vorangegangenen Debatten etwa angeführt, dass die Wiedervereinigungsbestimmungen der beiden Kantone keine Mitwirkung des Bundes in der Form einer Änderung des Art. 1 der Bundesverfassung, worin die einzelnen Kantone aufgezählt sind, vorsah. Gegen die Erteilung der Gewährleistung wurden daneben aber auch Argumente angeführt, die über die Rechtskontrolle hinausgingen und politischer Natur waren wie etwa "die Verstärkung als Anfang vom Untergang von Völkern". Nach der Nichterteilung der Gewährleistung im Jahre 1948 kam das Wiedervereinigungsverfahren zu

einem Stillstand und musste neu lanciert werden. Allerlei Versuche wurden dazu unternommen. Diese waren darauf angelegt, die Bundesversammlung zu einer Wiedererwägung ihrer ablehnenden Entscheide zu bewegen. Im Kanton Basel-Landschaft wurde eine politische Partei, die Aktion Kanton Basel (AKB) gegründet. Im Landrat wurde eine Motion eingereicht. Wiederum äusserten sich Rechtsgelehrte; ebenso der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft; desgleichen das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement. Im Nationalrat wurde ein Postulat eingereicht. Im Kanton Basel-Landschaft wurde eine neue Volksinitiative eingereicht und in der Volksabstimmung vom 1. Juni 1958 entgegen der Empfehlung des Regierungsrates des Kantons Basel-Landschaft angenommen, worauf am 26. Oktober 1958 ein Verfassungsrat gewählt wurde. Dieser arbeitete den neuen § 57 der basellandschaftlichen Kantonsverfassung aus, der die Behörden anhält, die Wiedervereinigung herbeizuführen. Die Stimmberechtigten des Kantons Basel-Landschaft stimmten dem neuen § 57 ihrer Verfassung am 25. September 1960 zu.

Die erwähnte Annahme der neuen Volksinitiative im Kanton Basel-Landschaft fiel am 1. Juni 1958 deutlich aus, worauf am 30. Juni 1958 mit einer Motion im Landrat die Einreichung einer Standesinitiative auf Wiedererwägung der Gewährleistung des § 57^{bis} verlangt wurde. Am 25. August 1958 erklärte der Landrat die Motion für erheblich und am 3. September 1958 reichte der Kanton Basel-Landschaft die Standesinitiative ein. Auf Antrag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt reichte am 11. Dezember 1958 auch der Grosse Rat eine Standesinitiative mit dem gleichen Begehren ein. Erneut Rechtsgelehrte; und eine Expertenkommission und eine Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1959 an die Bundesversammlung zum eingereichten Postulat und zu den beiden eingereichten Standesinitiativen. Die vorberatende Kommission des Ständerates beantragte diesmal die Erteilung der Gewährleistung. Wohl unter dem Eindruck, dass die neue Volksinitiative für die Wiedervereinigung im Kanton Basel-Landschaft in der Volksabstimmung vom 1. Juni 1958 deutlich angenommen worden war, fiel es den Rednern im Ständerat am 16. März 1960 leichter, sich auf die Rechtskontrolle zu beschränken und § 58 der baselstädtischen und § 57^{bis} der basellandschaftlichen Verfassung zu gewährleisten. Auch die vorberatende Kommission des Nationalrates sprach sich für die Gewährleistung aus und der Nationalrat erteilte die Gewährleistung am 22. Juni 1960 wie schon der Ständerat unter dem vom Bundesrat in den Gewährleistungsbeschluss aufgenommenen Vorbehalt, dass für die Verfassung des Kantons Basel um die Gewährleistung durch die Bundesversammlung nachzusuchen sei und dass anschliessend eine Änderung des Art. 1 der Bundesverfassung der Abstimmung von Schweizer-volk und Ständen zu unterbreiten sei.

Das in den beiden nun gewährleisteten §§ 58 und 57^{bis} vorgesehene Verfahren zur Ermöglichung der Wiedervereinigung konnte nun durchgeführt

werden. Im Abschnitt "V. Vom gemeinsamen Verfassungsrat bis zum Erlass der Partnerschaftsartikel" wird es beschrieben. So wurden am 25. September 1960 im Kanton Basel-Stadt und im Kanton Basel-Landschaft je 75 Verfassungsräte gewählt. Am gleichen Tag wurde von den Stimmberechtigten des Kantons Basel-Landschaft auch die zweite Verfassungsbestimmung über die Wiedervereinigung, d.h. § 57 der basellandschaftlichen Kantonsverfassung, angenommen. Da in der Zwischenzeit § 58 der baselstädtischen und § 57^{bis} der basellandschaftlichen Kantonsverfassung gewährleistet worden waren, hätte es § 57 nicht mehr gebraucht. Der Ständerat hat am 17. März 1961 und der Nationalrat am 23. März 1961 dem § 57 der basellandschaftlichen Verfassung die Gewährleistung erteilt. Der am 25. September 1960 gewählte Verfassungsrat arbeitete eine Verfassung für den Kanton Basel aus und verabschiedete diese in der Schlussabstimmung vom 6. September 1968. Am 28. Juni 1968 hatte der Verfassungsrat beschlossen, die neue Verfassung und die von ihm ebenfalls beschlossenen Hauptgrundzüge der Gesetzgebung den Stimmberechtigten in getrennten Abstimmungen vorzulegen. Für den Fall, dass die Verfassung angenommen, die Hauptgrundzüge der Gesetzgebung hingegen abgelehnt worden wären, hätte nach der Meinung des Büros des Verfassungsrates der Kantonsrat des neuen Kantons neue Gesetze erlassen müssen. Gegen das Abstimmungsverfahren wurde am 27. September 1968 beim Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Am 18. Dezember 1968 entschied das Bundesgericht, dass die vom Verfassungsrat gemäss § 57^{bis} der basellandschaftlichen Verfassung erlassenen Hauptgrundzüge nicht Gesetzesrecht, sondern Verfassungsrecht darstellten und dass die Wiedervereinigung nur zustande kommt, wenn sowohl die Verfassung als auch die Hauptgrundzüge der Gesetzgebung von den Stimmberechtigten der beiden Kantone angenommen werden. Daraufhin hielt der Verfassungsrat nochmals eine Sitzung ab und ergänzte seinen Beschluss vom 28. Juni 1968 um den Zusatz, dass die Verfassung des Kantons Basel als angenommen gilt, wenn auch die Hauptgrundzüge der Gesetzgebung gutgeheissen werden. In der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1969 wurden die Verfassung und die Hauptgrundzüge der Gesetzgebung im Kanton Basel-Stadt mit 66 % Ja-Stimmen angenommen und im Kanton Basel-Landschaft mit 76 % Nein-Stimmen abgelehnt.

Für diese Situation sah Ziff. 7 des § 58 und des § 57^{bis} vor, dass in beiden Kantonen binnen sechs Monaten ein zweiter Verfassungsrat gewählt wird und dass dieser eine zweite Verfassungsvorlage ausarbeitet. Nach dieser Bestimmung wären § 58 und § 57^{bis} dahingefallen, wenn die zweite Verfassungsvorlage in einem oder in beiden Kantonen verworfen worden wäre. Das Verfahren zur Herbeiführung der Wiedervereinigung wurde aber nicht bis zu diesem Punkt weitergeführt. Die Neuwahl von je 75 Verfassungsräten unterblieb in beiden Kantonen. Im Kanton Basel-Landschaft wurde eine Volksinitiative

eingereicht mit dem Begehren, die beiden §§ 57 und 57^{bis} in der Kantonsverfassung aufzuheben und durch eine Verfassungsbestimmung über die Partnerschaft mit dem Kanton Basel-Stadt zu ersetzen. Dagegen wurde eine staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Darin wurde vorgebracht, § 57^{bis} dürfe nicht einseitig aufgehoben werden, da er zusammen mit dem gleichlautenden § 58 der baselstädtischen Kantonsverfassung eine konkordatsähnliche Abmachung darstelle. Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation nicht und wies die staatsrechtliche Beschwerde ab. Die Volksinitiative für eine Partnerschaftsbestimmung wurde im Kanton Basel-Landschaft in der Volksabstimmung vom 25. April 1971 angenommen und es wurde der Landrat mit der Ausarbeitung betraut. Die Ausarbeitung erfolgte in Abstimmung mit dem Kanton Basel-Stadt, wo am 27. Januar 1972 vom Grossen Rat ein Anzug an den Regierungsrat überwiesen worden war, aufgrund dessen der Regierungsrat dem Grossen Rat gleichlautende Partnerschaftsbestimmungen beantragte, die der Grosse Rat beschloss, ohne jedoch gleichzeitig § 58 über die Wiedervereinigung aufzuheben. Die Bestimmungen über die Partnerschaft wurden in der Volksabstimmung vom 8. Dezember 1974 im Kanton Basel-Landschaft als § 47^{bis} und im Kanton Basel-Stadt als § 17a in die jeweilige Kantonsverfassung aufgenommen; im Kanton Basel-Landschaft wurden gleichzeitig § 57 und § 57^{bis} über die Wiedervereinigung aufgehoben.

Die nach dem Erlass der Bestimmungen über die Partnerschaft eingetretenen Vorgänge werden vom Autor kurz gestreift: Die im Jahre 1992 im Kanton Basel-Stadt eingereichte Initiative für einen Beitritt des Kantons Basel-Stadt zum Kanton Basel-Landschaft; die verschiedenen Versuche, eine Aufwertung des einen oder des anderen oder beider oder aller Halbkantone zu Vollkantonen herbeizuführen (an denen auffällt, dass sie nie partnerschaftlich zwischen Basel-Stadt und Basel-Landschaft aufeinander abgestimmt waren); der Verzicht auf Bestimmungen über die Wiedervereinigung im Entwurf des am 24. Oktober 1999 gewählten baselstädtischen Verfassungsrates für eine totalrevidierte Verfassung des Kantons Basel-Stadt und die im Jahre 2001 anlässlich der Feierlichkeiten zur 450 Jahre alten Mitgliedschaft Basels in der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den beiden Kantonen eingereichten gleichlautenden Jubiläumsinitiativen zur Zusammenarbeit im Sicherheitswesen, im Gesundheitswesen und im Bildungswesen.

Im Abschnitt "VI. Die Würdigung der Wiedervereinigungsartikel" stellt der Autor fest, dass die neue Bundesverfassung auch als "Ausfluss aus den während der Basler Wiedervereinigung angestellten rechtlichen Überlegungen" nun in Art. 53 Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt, dass Änderungen im Bestand der Kantone auch "der Zustimmung von Volk und Ständen" bedürfen. Auf Seite 223 wird das Verfahren skizziert, das auf kantonaler Ebene zu be-

achten wäre, wenn zwei Kantone sich zu einem Kanton zusammenschliessen wollten. Die Seiten 224 bis 227 befassen sich mit dem bedeutungslos gewordenen und "von den baselstädtischen Behörden aus politischen Gründen" gleichwohl in der Verfassung des Kantons Basel-Stadt belassenen § 58 über die Wiedervereinigung und damit, dass die neue Verfassung des Kantons Basel-Stadt keine Bestimmung über die Wiedervereinigung enthalten soll. Im Abschnitt "VII. Schlussbetrachtung" wird "das Versagen der obersten Bundesbehörden" in den Vordergrund gestellt, die über die ihr zustehende Rechtskontrolle hinausgegangen sind und in unzulässiger Weise politische Überlegungen in ihre Debatten eingebracht haben, als es darum ging zu entscheiden, ob dem baselstädtischen § 58 und dem basellandschaftlichen § 57^{bis} die Gewährleistung erteilt werden könne oder nicht.

Auch nachdem sie sich nicht wiedervereinigt haben, leben die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft nach wie vor nebeneinander in ein und derselben Wirklichkeit und werden beide tagtäglich in diese Wirklichkeit verstrickt. Zum wirkungsvolleren Umgang mit den Anforderungen und Problemen dieser Wirklichkeit wird die Wiedervereinigung auch in Zukunft immer als Möglichkeit vorhanden sein und wenigstens im Vergleich mit anderen Möglichkeiten wie etwa der Partnerschaft in Betracht gezogen werden. Die vorliegende rechtshistorische Arbeit stellt das für eine Wiedervereinigung einzuschlagende Verfahren anhand des historischen Beispiels dar und macht auf die damit verbundenen Probleme, Risiken, Hindernisse und Eventualitäten aller Art aufmerksam. Dass dies auf knappem Raum in einem Band in übersichtlicher Weise geschieht, ist umso wertvoller, als sich das historische Verfahren derart in die Länge gezogen hat, dass es wohl nur bei wenigen Leuten in seiner Gesamtheit von seinem Anfang bis zu seinem Ende auf durchgehende Aufmerksamkeit gefallen ist. Als erste vollständige Darstellung hebt es die nicht erfolgte Wiedervereinigung der beiden Basel für die nachgeborenen und künftigen Generationen aus dem unbestimmten und ungenauen Dunst der Kenntnis vom Hörensagen heraus, macht sie objektiv fassbar und verständlich und hat damit ihren Zweck erfolgreich erreicht.

Der Autor geht auch darauf ein, dass sich die Bundesversammlung bei der Gewährleistung der Bestimmungen der beiden Kantonsverfassungen nicht auf die Rechtskontrolle beschränkt hat, sondern in unzulässiger Weise auch politische Überlegungen eingebracht hat. Damit wird die im Untertitel angekündigte Darstellung der Probleme bei der Gewährleistung politischer Normen von Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung angegangen. Wie sich aber etwa politische Normen in Kantonsverfassungen von anderen Normen unterscheiden, wird nicht untersucht, wie man dies vielleicht aufgrund des Untertitels erwartet hätte, noch wird nach Mitteln gesucht, wodurch die Bundesversammlung dazu gebracht werden könnte, sich auf die Rechts-

kontrolle zu beschränken. Neben der Darstellung der historischen Ereignisse hätte dies wohl den Umfang der Arbeit auch gesprengt.

In den Schlussbetrachtungen der Arbeit von Patrick Müller ist derart viel von der Unfähigkeit, dem Unvermögen und dem Versagen der obersten Bundesbehörden die Rede, dass der Eindruck entsteht, diese seien der Grund dafür, dass sich die beiden Halbkantone nicht wiedervereinigt haben. Das Versagen der Bundesbehörden ist der Grund für die lange Dauer des Verfahrens, nicht aber der Grund für das Scheitern der Wiedervereinigung. Der wahre Grund für das Scheitern der Wiedervereinigung liegt darin, dass es der Kanton Basel-Stadt nicht geschafft hat, auf den Zeitpunkt der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1969 seine Hausaufgabe zu machen und die Verwaltung der Einwohnergemeinde Basels von der des Kantons nicht getrennt hat, wie dies als allererstes von der am 2. März 1933 in Basel-Stadt und Basel-Landschaft eingereichten Wiedervereinigungsinitiative verlangt worden war. Der Kanton Basel-Stadt hat die Verwaltung der Einwohnergemeinde Basels auch in den seit dem 7. Dezember 1969 bis heute verflossenen Jahren nicht von derjenigen des Kantons getrennt und er tut es auch in der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt nicht, die am 13. Juli 2006 in Kraft getreten ist.

Die Lektüre der rechtshistorischen Dissertation über das gescheiterte Basler Wiedervereinigungsverfahren ist allen zu empfehlen, die sich aus dem einen oder anderen Grund mit dem Verhältnis zwischen den beiden Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft befassen oder zu befassen haben und dabei früher oder später die Nachwirkungen der gemeinsamen und der getrennten Vergangenheit und der Bemühungen um eine Wiedervereinigung zu spüren bekommen und zunächst damit nicht viel anzufangen wissen. Das Buch von Patrick Müller wird ihnen vieles verständlich machen und ihnen die Besonderheiten im Verhältnis der beiden Basel näher bringen.

Dr. Urs W. Kamber